

الوَسْطَى فِي شَرْحِ الْقَانُونِ الْمَلِكِيِّ

الجزء الرابع

العقود التي تقع على الملكية

الْبَيْعُ
والمقايضة

وَلَدُ

أحمد، الترتيب العربي

مجموعت - لبنان

الْفَيْسِيَّةُ
فِي تَرْجُومَةِ التَّائِيخِ الْمَلِكِيِّ
(٤١)

العقود التي تقع على الملكية

المجلد الأول

الْبَيْعُ
والمقايضة

تأليف

عبد الرزاق أحمد السنهوري

دكتور في العلوم القانونية ودكتور في العلوم السياسية والاقتصادية
ودبلومي من معهد القانون الدولي بجامعة باريس

دار

الحياة الفكرية العربية

مطبعة - بيروت

تمهيد

العقود المسماة

وتقسيماتها المختلفة

•••

(١)

العقود المسماة

١ - المقصود بالعقود المسماة : بعد أن فرغنا من عرض نظرية الالتزام بوجه عام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، ننتقل إلى الأجزاء الثلاثة التالية إلى تطبيق أحكام هذه النظرية وقواعدها المجردة تطبيقاً مفصلاً على عقود معينة بالذات أطلقت عليها أسماء معروفة . وقد عني المشرع بهذه العقود عناية كبيرة ، فخصص لها الكتاب الثاني من القسم الأول من التقنين المدني تحت عنوان « العقود المسماة » ، فأعقب هذا الكتاب الثاني الكتاب الأول الذي خصصه المشرع لنظرية الالتزام بوجه عام .

والمقصود بالعقود المسماة عقود كثيرة التداول في الحياة العملية ، حتى عرفت بأسمائها الخاصة ، وذلك نحو البيع والهبة والشركة والإيجار والمقايضة والوكالة ، وقد نظمها المشرع تنظيمًا مفصلاً لما لها من أهمية بالغة في ميادين التعامل والنشاط الاقتصادي .

وقد كان التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني يقوم على أساس آخر غير الأساس الذي يقوم عليه هذا التمييز في القانون الحديث .

٤ - التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون الروماني

روماني : بدأت السرد في القانون الروماني تكون شكلية ، تمحيطها أوضاع معينة . ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت ، إذ دعت الحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات . واقترن ذلك بتقدم في التفكير القانوني ، فظهر إلى جانب العقود الشكلية (١) العقود العينية (القرض والعارية والرديعة والرهن) ، والعقود الرضائية (البيع والإيجار والشركة والوكالة) ، والعقود غير المسماة . والعقود غير المسماة عقود اعترف بها القانون الروماني تدرجاً وبعد تطور طويل ، وهي عقود لا تتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، فإذا فعل تكون العقد ، ونشأ بموجبه التزام في جانب الطرف الآخر بأن يقوم هو أيضاً بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الأول (٢) .

وكان الرومان يقسمون هذه العقود أقساماً أربعة : (القسم الأول) عقود يقوم فيها الطرف الأول بنقل حق عيني ، فيتولد في جانب الطرف الآخر التزام بفعل حق عيني كذلك (do ut des) ، من ذلك عقد المقايضة (premutatio) .

(١) والعقود الشكلية في القانون الروماني هي عقد الاستدانة (nexum) يتم بالسيكة ويزان ، والعقد الكتابي (litteris) ، والعقد اللفظي (verbis, stipulatio) .

(٢) انظر في منشأ هذه العقود جيرار ص ٥٩٨ وما بعدها . ولم تكن هذه الاتفاقات في الأصل عقوداً ، فكان إذا قام أحد الطرفين بما اتفق عليه الآخر لم يحز له أن يطالبه بتنفيذ ما عليه ، إذ لم يوجد عقد ينشأ هذا الالتزام . ولم يكن أمام الطرف الأول إلا أن يلجأ إلى دعوى الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروطها ، فيسترد بها ما يكون قد أداه ولم يستوف مقابله . ثم إن لابيون (Labéon) - الفقيه الروماني المعروف أدخل في القانون دعوى (praescriptio verbis) أعطاهم للدائن إذا كان العقد يدور بين جملة من العقود المعترف بها . وانتقلت هذه الدعوى من منطقة العقود المعترف بها إلى منطقة الاتفاقات . فكانت تعطي في بعض اتفاقات يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الآخر ، فيستطيع بموجب هذه الدعوى أن يطالب الطرف الآخر بتنفيذ ما اتفق عليه معه . فيكون له بذلك أن يطلب تنفيذ العقد ، ولا يقتصر على استرداد ما وقاه بدعوى الإثراء بلا سبب . حل أن تعميم هذه الدعوى في جميع الاتفاقات التي يقوم فيها أحد الطرفين بتنفيذ ما عليه لم يأت إلا متأخراً في عهد جستنيان ، كما ثبت ذلك من الأبحاث الأخيرة في القانون الروماني (أنظر نظرية العقد لمؤلف ص ١٢٠ عامر رقم ٢) .

(والقسم الثاني) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بنقل حق عيني ، فيلتزم الطرف الآخر بالقيام بعمل (do ut facias) ، مثل ذلك الحبة بعرض (sub modo) (والقسم الثالث) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر أن يقوم بعمل كذلك (facio ut facias) . مثال ذلك أن يسلم شخص شيئاً لآخر فيلتزم الآخر برده عند أول طلب (convention de précaire) . (والقسم الرابع) عقود يقوم فيها أحد الطرفين بعمل ، فيلتزم الطرف الآخر بنقل حق عيني (facio ut des) ، مثل ذلك عند الخداجة (aestimatum) يسلم فيه التاجر بضاعة لآخر فيلتزم الآخر إذا باعها أن يرد الثمن المتفق عليه وإلا رده البضاعة إلى صاحبها . ومن هذا نرى أن عقد المحاسبة يكون تارة عملاً في مقابل نقل حق عيني (facio ut des) وطوراً عملاً في مقابل عمل (facio ut facias) ، وهو أول عقد طبق فيه الرومان دعوى العقود غير المسماة (præscriptio verbis) ، لما رأوه عقداً يدور بين البيع والعمل والوكالة (١) .

ونرى مما تقدم أن تسمية هذه العقود في القانون الروماني بالعقود غير المسماة تسمية غير دقيقة ، فإن أغلب هذه العقود كان معروفاً بالإسم . ولكنها دبت كذلك لأنها لا تدخل في نوع من أنواع العقود المسماة التي اعترف بها القمانون الروماني : العقود الشكلية والعقود العينية والعقود الرضائية والعقود الشرعية والعقود البريطورية . ونرى أيضاً أن التمييز بين العقد المسمى والعقد غير المسمى كان ذا أهمية كبيرة في القانون الروماني ، لأن العقد غير المسمى — خلافاً للعقد المسمى — كان لا يتم إلا إذا قام أحد الطرفين بتنفيذ ما اتفق عليه مع الطرف الآخر ، ولا يوجد العقد قبل ذلك . فهي عقود قريبة من العقود العينية التي لانتم إلا بالنسليم (٢) .

٣ — التمييز بين العقود المسماة والعقود غير المسماة في القانون

المحمية : أما في القمانون الحديث فلم يعد هناك فرق بين العقد المسمى والعقد غير المسمى ، فكلاهما يتم بمجرد تراضي المتعاقدين إلا في العقود الشكلية

(١) بيجرار من ١٠٦ .

(٢) أنظر في كل ذلك نظرية العقد لمؤلف نظرية ١٢١ .

وما بقي من العقود العينية . وإذا كان به من العتد يطلق عليه اسم «العقود المسماة» ،
فليس ذلك كما قدمنا إلا لأنها عقود نظمها المشرع تنظيمًا خاصاً ، نظراً لكثرة
تناولها في العمل إلى حد أن أصبحت قواعد راسية مستقرة .

وسرى ماضي العقود المسماة التي نظمها التقنين المدني الجديد . ونبادر هنا
إلى القول بأن قائمة العقود المسماة تتطور من زمن إلى زمن بحسب ما يألوه الناس
في التعامل . فالعقود المسماة في هذا العصر قد تزيد أو تنقص عن العقود المسماة
في عصر سابق أو عصر لاحق ، إذ تظهر عقود جديدة وتختفي عقود قديمة . ونلمح
التطور عندما نلاحظ أن هناك عقوداً أخذ شأنها يتعاظم في مجالات العمل ،
وسكنها لم تصل بعد إلى المرتبة التي تكفل لها التنظيم المفصل ، وتتفاوت التقنيات
المختلفة فيما تناوله بالتنظيم من هذه العقود . فقد كان التقنين المدني السابق لا ينظم
عقود المقامرة والرهان والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، وقا نظم
هذا كله التقنين المدني الجديد (١) . ولم ينظم التقنين المدني الجديد عقود النشر (٢)
والنزول في الفندق والنقل والأعمال العامة والتوريد ، مع أن هذه عقود تزايد
سيتها كل يوم ، وقد نظمت التقنيات الأجنبية بعض هذه العقود (٣) .

أما العتد غير المسماة - وهي التي يتولى المشرع تنظيمها - فإنها تخضع
لأحكامها للقواعد العامة في نظرية العقد ، شأنها في ذلك شأن العقود المسماة .
وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد (م ١٢٧) يشتمل على نص
هذا المعنى يجرى على الوجه الآتي : ١ - تسرى على العقود ، المسماة منها
وغير المسماة ، القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . ٢ - أما القواعد
التي يفرد بها بعض العقود المدنية فتقرر بها الأحكام الواردة في الفصل المعقودة
هذا ، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية . وقد حذفت
لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه (٤) .

(١) وأغفل في الوقت ذاته تنظيم عقد الفاروق الذي كان التقنين المدني السابق ينظمه ، بعد
أن ألغى نظام الأراضي الخراب . النظام الذي كان عقد الفاروق يقوم عليه .

(٢) وإن كان المشرع المصري قد تناول في القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ الخامس بحماية
المر بخص المسائل التي ينظمها عقد النشر .

(٣) مثل ذلك تقنين الالتزامات السويسري فقد نظم عقد النشر .

(٤) مجموعة الأعمال التمهيدية ٢ ص ١١ .

، ومثل العقود غير المسماة أن يتفق شخص مع آخر على أن يثبت له ميراثاً يستحقه ، وعلى أن يقوم بدفع المصروفات التي ي incurها هذا العمل في نظير جزء من هذا الميراث يأخذه إذا وفق في عمله (١) . أو يتفق شخص مع آخر على أن يبيع الأول لحساب الثاني شيئاً على أن يعطى الأول للثاني بعد البيع مبلغاً معيناً ، وما زاد من الثمن على هذا المبلغ يحتفظ به لنفسه (٢) . وعقد اعساسة الذي أشرنا إلى وجوده في القانون الروماني هو أيضاً عقد غير مسمى ، وكذلك العقد بين مدير المسرح والممثلين (٣) .

وتكليف العقد ، هل هو عقد من العقود المسماة أو هو عقد غير مسمى ، قد يكون في بعض الحالات مسألة دقيقة . ولا عبارة بالألفاظ التي يستعملها المتعاقدان إذا تبين أنهما اتفقا على عقد غير العقد الذي سمياه ، فقد يكونان مختطين في التكليف ، وقد يتعمدان أن يختيا العقد الحقيقي تحت اسم العقد الظاهر

(١) ويعرف هذا العقد في القانون الفرنسي بعقد الكشف عن الإرث (contrat de révélation de succession) : بودري ودارد ١ فقرة ٢٠ ص ١٩ .

(٢) دوما في القوانين المدنية القسم الأول الكتاب الأول الباب الأول الفصل الأول فقرة ٧ .
(٣) ديموح ٢ فقرة ٩١٧ - وقد قصت محكمة النقض بأنه إذا كان العقد مشتملاً على التزامات متبادلة بين طرفيه ، إذ التزم أحدهما أن يملك الآخر (على مديرية المينا) قطعة أرض بشرط أن يقيم عليها مؤسسة خيرية ، فإنه لا يكون عقد تبرع ، كما أنه ليس يبيع ولا معاوضة . وإنما هو عقد غير مسمى ، ولا تجب له الرسمية ، ولا يجوز الرجوع فيه . وذلك على الرغم مما هو وارد في الاتفاق من ألفاظ التنازل والهبه والتبرع ، فإن ذكر هذه الألفاظ إنما سبقت لبيان الباعث الذي حدا بصاحب الأرض إلى تملكه الخيرية ، فهي لا تؤثر تعال على كيان العقد وحقيقته (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٤٩ ص ١٥٣) .

وقد أورد الأستاذ والتون (جزء أول ص ٨٠ - ص ٨١) أمثلة على عقود غير مسماة منها :
(١) اتفقت إدارة مستشفى مع مدرسة طبية على أن يضع المستشفى تحت تصرف المدرسة عدداً من الأسرة تستخدم لأغراض التعليم الطبي ، ولم يحدد أحد لذلك . فتصفت المحاكم الفرنسية بأن العقد ليس إيجاراً ولا بيعاً ولا عقداً مقرر لحق ارتفاق ، وإنما هو عقد غير مسمى (دويه الاستثنائية ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ٢ - ١٧٣) . (٢) اتفق تاجر مع مصرف على أن يقدم المصرف للتاجر معلومات عن الحالة المالية للتاجر آخر ، فهذا عقد ليس بوكالة ، ولا هو إيجار عمل لأنه لم يتفق فيه على أجر ، فهو عقد غير مسمى (نظرية العقد للمؤلف ص ١٢٣ هاشم رقم ٤) .

كما في الوصية يخفيها الوصي تحت ستار البيع (١) .

(١) والتكييف بسبقة تفسير إرادة المتعاقدين ، والتفسير مسألة واقع . فإذا استخلص قاضي الموضوع إرادة المتعاقدين ، أزل عليها حكم القانون لتكييف العقد والكشف عن ماهيته . والتكييف مسألة قانون لا مسألة واقع ، فهي تخضع لرقابة محكمة النقض . ولا تنفيذ المحكمة بتكييف المتعاقدين للعقد ، بل تصحح هذا التكييف من تلقاء نفسها ، شأن قواعد التكييف في ذلك شأن سائر القواعد القانونية تطبقها المحكمة تلقائياً ولا تطلب عليها دليل . وإذا اتحد المتعاقدان أن يكيفا العقد تكييفاً غير صحيح ، فإن التكييف غير الصحيح في ذاته المالة يلزم بالصورية وانفرد بينهما - كما ذكر الأستاذ اسماعيل غانم في مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - أن الصورية تنطوي على تصرف ظاهر يخفى وضماً حقيقياً ، والأصل الأخذ بالتصرف الظاهر إلا إذا أثبت صاحب المصلحة لزمع الحقيق ، فلي هذا إذن يقع عبء الإثبات . أما التكييف غير الصحيح فلا ينطوي إلا على تصرف واحد كيفه المتعاقدان تكييفاً خاطئاً ، وعلى المحكمة تصحيح هذا التكييف من تلقاء نفسها دون حاجة إلى أن تلقى عبء الإثبات على أحد المتعاقدين ، بل دون حاجة إلى طلب الإثبات من أحد .

وقد يعتمد المتعاقدان أن يكيفا التصرف تكييفاً غير صحيح بقصد التحايل على القانون ، الذي يصحح هذا التكييف ويرد على المتعاقدين قصدهما . ويذهب الأستاذ اسماعيل غانم في مذكراته غير المطبوعة في البيع ص ٧ - ص ١٠) إلى أن التحايل على القانون لا يقتضي حتماً يكون تكييف العقد تكييفاً غير صحيح ، فقد يكيف المتعاقدان العقد تكييفاً صحيحاً ومما مع ذلك يريدان التحايل على القانون . فإذا أراد شخص أن يعطى آخر أكل من ثلث تركته بعد موته مع وجود ورثة له ، فهو إذا عمد إلى الوصية لم يستطع بلوغ هذا الغرض إذ لا تجوز الوصية لأحد من ثلث التركة . فيعمد إلى الهبة أو البيع ، ويتجرد عن الملك في المال ، ولكنه يستبقى لنفسه فوائد هذا الملك عن طريق اشتراط حق المنفعة لنفسه طول حياته . ولا يقال إن المتصرف أراد الوصية وكيفاً بأنها هبة ، بل هو أراد الهبة حقاً وتجرد عن ملكه الوصية في المال مستقبلياً لنفسه عن الانتفاع . فالتكييف هنا تكييف صحيح ، ولكن التصرف بقصد التحايل على القانون . فيبطل التصرف على تكييفه الصحيح هبة لا وصية ، ولكن رد على المتصرف نفسه فلا ينفذ التصرف إلا من ثلث التركة . ومن ثم يحمل للتصرف حكم الهبة من حيث عدم جواز الرجوع فيه دون قيد وذلك إعمالاً للتكييف الحقيقي ، ويحمل له حكم الوصية من حيث عدم نفاذه إلا في ثلث التركة وذلك حتى يرد على المتصرف قصده المشوب بالتحايل على القانون .

ولا يهمل القضاء في مصر على هذا الرأي . فهو إذ ثبت من أن المتصرف أراد التجرد عن ملك الوصية في المال واصفاً التصرف بأنه هبة أو بيع ، قضى بنفاذ التصرف ولو زاد على ثلث التركة . ولا ينقص التصرف إلى ثلث التركة إلا إذا كشف أن تكييف المتصرف لتصرفه غير صحيح ، وأنه أراد الوصية - أي عدم التجرد عن الملك إلا بعد الموت - وكيفها هبة أو بيع . هذا وانظر في أن التكييف يفترض العلم ابتداءً بجماعية الحقوق الخلقية ، ثم تفسير إرادة المتعاقدين لمعنة منسوبة وبالاقابلة بين ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين والمعاملة الخارجية الشكل العقد عن

على أن العقد - سمي أو غير سمي - قد يكون بسيطاً ، إذا لم يكن مزيجاً من عقود متنوعة ، كالبيع والإيجار . فإذا اشتمل على أكثر من عقد امتزجت جميعاً فأصبحت عقداً واحداً ، سمي عقداً مختلطاً (mixte, complexe) ، كما في العقد بين صاحب الفندق والسائل فيه (contrat d'hôtellerie) ، فهو مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المسكن ، وبيع بالنسبة إلى المأكل ، وعمل بالنسبة إلى الخدمة ، ووديعة بالنسبة إلى الأمتعة . وكذلك العقد بين صاحب المسرح وأفراد النظارة مزيج من عقد إيجار بالنسبة إلى المقعد ، وعمل بالنسبة إلى وسائل التسلية التي تعرض على المسرح . ومن الأمثلة على العقود المختلطة : (١) عدة عقود تمزج في عقد واحد ، وذلك كمدبر شركة يتولى إدارتها ويكون وكيلاً عنها ، فيمزج عقد العمل بعقد الوكالة . وقد يتوالى العقدان الواحد بعد الآخر ، كعقد نقل بحري يعقبه عقد نقل بري أو إيجار بفترن بوعده بالبيع . (٢) إضافة شرط إلى العقد ليس من مقتضياته ، كما إذا التحق بعقد البيع شرط للتأجير أو التحق بعقد النقل شرط للتخزين . (٣) الجمع بين عناصر متفوقة من عقود مختلفة ، كالعقد الذي يجمع بين الإيجار والبيع (location - vente) ، وكالوديعة في المصارف تدور بين الوديعة الناقصة والقرض (١) .

ولست هناك أهمية كبيرة لمزج عدد من العقود وتسميتها جميعاً بالعقد المختلط ، فإن هذا العقد إنما تطبق فيه أحكام العقود المختلطة التي يشتمل عليها . على أنه قد يكون من المفيد في بعض الأحيان أن يؤخذ العقد المختلط كوحدة قائمة بذاتها ، وذلك إذا تنافرت الأحكام التي تطبق في كل عقد من العقود التي يتكون منها ، ففي هذه الحالة يجب تغليب أحد هذه العقود باعتباره العنصر الأساسي وتطبيق أحكام هذا العقد دون غيره . فعقد التليفون عقد يدور بين عقد العمل ، عقد الإيجار ، ولكن القضاء (١) غلب عنصر عقد العمل فرفض دعوى إعادة

=العقد يمكن وصف الرابطة التعاقدية أي تكييفها، إلى الأثناء منصور مصطلح منصور في البيع والمناخضة والإيجار فقرة ٦ - وأنظر في مسألة تكييف العقد رسالة الدكتور أحمد زكي الشيق بالفرنسية سنة ١٩٤٤ .

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ١٢٤ هامش رقم ١ .

(٢) مصر الكلية ٣ أكتوبر سنة ١٩٢٧ انجلاء ٨ رقم ٢٦٠ ص ٣٦١ .

وضع اليد التي رفعها مشترك فانت عنه الموصلة (١).

٤ - الافتراض المختلفة التي بنوهاها المشرع في تنظيم العقود المسماة:

والعقود المسماة تخضع هي أيضاً للقواعد العامة في نظرية العقد كما تخضع العقود غير المسماة ، وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد كان يشتمل على نص في هذا المعنى (٢) . ولكن المشرع يعنى مع ذلك بتنظيمها وإيراد نصوص خاصة في شأنها ، توخياً لتحقيق أغراض مختلفة منها :

١ - لما كانت العقود المسماة هي من أكثر العقود شيوعاً في التعامل ، وقد اعان شيوعها على إرساء قواعدها واستقرار أحكامها ، فإن المشرع أراد بتنظيم العقد الرسمي أن يعهد الطريق للمتعاملين ، فلا يجدون مشقة في تنظيم علاقاتهم التعاقدية ، إذ تنبه المشرع لأكثر ما يعرض لهذه العلاقات فتناولها بالتنظيم والتحديد ، ووضع أحكاماً نموذجية هي نتاج خبرة القرون الطويلة . ولم يكن المتعاقدان ليستطيعا التنبه لجميع هذه المسائل ، فتولاها المشرع عنهما . على أن سرع في تنظيمه للعقد المسمى لا يصادر مبدأ سلطان الإرادة ولا حرية التعاقد في تنظيم تعاملهما على الوجه الذي يؤثرانه . فلو أنهما في بعض المسائل التي نظمها المشرع يريدان حلولاً أخرى غير تلك التي وضعت ، وكانت هذه المسائل ليست من النظام العام ، فانهما يستطيعان أن ينسخا الحلول التي وضعها المشرع ، وليس عليهما في ذلك إلا أن يضعوا الحلول التي اختارها فتكون هي المعمول بها دون الحلول التي وضعها المشرع .

٢ - والمشرع عندما يطبق القواعد العامة على عقد مسمى بالدات ، كثيراً ما يجلى تطبيقات خفية لهذه القواعد ، تختلف فيها الأنظار . فيعرض لما فيه خفاء من هذه التطبيقات فيوضحه بنصوص حاسمة لا تدع مجالاً للاضطراب واللبلة . والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر منها ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية وتحمل تبعه الهلاك .

(١) نظرية العقد للمؤلف فقرة ١٢٠ .

(٢) هو نص المادة ١٢٧ من هذا المشروع : أنظر آنفاً فقرة ٣ .

٣ - على أن المشرع لا يقتصر على مجرد تطبيق القواعد العامة في العقود المسماة ، فهو في بعض الحالات يخرج على هذه القواعد لمبررات خاصة ترجع إلى العقد المسمى الذي يتولى تنظيمه ، وأكثر هذه المبررات تنصل بالنظام العام . فإيراد نصوص على هذا النحو يعنى إذن أمراً ضرورياً ، إذ هو يجعل الأحكام الواجبة التطبيق تختلف اختلافاً بينا عن تلك التي تستنبط من القواعد العامة . نذكر للتمثيل على ذلك ما حاد فيه المشرع عن تطبيق القواعد العامة في الحقوق المتنازع فيها ، وفي بيع المريض مرض الموت ، وفي بيع ملك الغير ، وفي كثير من نصوص عقد العمل ، وفي الرجوع في الهبة ، وفي الغلط في الصلح ، وفي التزام المرافق العامة ، وفي تعديل الأجرة في عقد الوكالة ، وفي التأمين بما يشتمل عليه من قواعد خاصة ، وغير ذلك كثير زاه منتزاً في نواح متفرقة من العقود المسماة .

٤ - وقد يعتمد المشرع أخيراً ، في تنظيم العقد المسمى ، إلى تحقيق غرض هام ، هو توجيه هذا العقد وتطويره بحيث يتمشى مع الاتجاهات المتحددة . فعل ذلك في تحريم الرهن الذي يستتر تحت اسم بيع الوفاء ، وفي تحريم بيع الوفاء ذاته ، وفي تنظيم أحكام الأجهزة الحديثة في العين المؤجرة ، وفي تنظيم ما ألفته الناس من خلط عقد الإيجار بعقد البيع .

ويخلص مما تقدم أن تنظيم المشرع للعقد المسمى ييسر معرفة الأحكام التي تسرى على هذا العقد مرتبة بحسب الأولوية . ففي المرتبة الأولى يجب تطبيق النصوص الخاصة التي أوردتها المشرع في هذا العقد المسمى بالذات . فإذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه منها ، وجب تطبيق النصوص الواردة في النظرية العامة للعقد أي تطبيق القواعد العامة . ونطبق بعد ذلك المصادر غير التشريعية من عرف ونحوه . ويغلب أن تغطي النصوص الخاصة والقواعد العامة الجزء الأكبر من منطقة العقد الرسمي ، فلا يبقى بعد ذلك إلا حيز ضيق تطبق فيه المصادر غير التشريعية .

(٢)

التقسيمات المختلفة للعقود المسماة

٥ - محاور نظرية حصر العقود المسماة وغير المسماة: ذهب بلانيول (١)

إلى أن العقود جميعها - مسماة وغير مسماة - يمكن حصرها في طوائف محدودة . ذلك أن محل الالتزام إما أن يكون شيئاً أو عملاً أو حقاً ، والملتزم بموجب عقد إما أن يأخذ مقابلًا لما أعطى وإما ألا يأخذ . فإذا كان المحل ملكية شيء ولم يأخذ الملتزم مقابلًا فالعقد هبة ، أما إذا أخذ مقابلًا فالعقد بيع أو مقايضة ، ويكون وفاء بمقابل إذا كان المقابل ديناً ، ويكون عقد شركة إذا كان المقابل حصة في شركة . أما إذا كان المحل هو مجرد الانتفاع بشيء ، ولم يأخذ الملتزم مقابلًا فالعقد عارية ، وإذا أخذ مقابلًا فالعقد إيجار أو قرض بفائدة ، وقد يكون المقابل ذاته . د انتفاع فيكون العقد مقايضة انتفاع بانتفاع كما كان مقايضة ملك بملك . إذا كان المحل عملاً ، وكان بغير مقابل فقد يكون العقد وكالة غير مأجورة أو دبيعة غير مأجورة أو خدمة ما غير مأجورة . أما إذا كان بمقابل وهو الغالب فقد يكون العقد إيجار عمل أو عقد استصناع أو عقد شركة (والعمل حصة فيها) أو وكالة مأجورة أو ودبيعة مأجورة . وقد يكون المقابل شيئاً آخر غير النقود ، كما مل يأخذ أجره طعاماً ومسكناً . بل قد يكون المقابل نفسه عملاً فيقوم شخص بعمل لآخر ، مثال أن يقوم الآخر بعمل له ، وهذه مقايضة عمل بعمل كقايضة انتفاع بانتفاع وملك بملك . وإذا كان المحل حقاً - عينياً أو شخصياً - جاز أن يكون بغير مقابل فيكون هبة ، كما جاز أن يكون بمقابل فيكون بيعاً أو مقايضة أو شركة أو وفاء بمقابل . هذا إذا كان محل العقد نقل الحق ، وقد يكون محله وعن الحق ضماناً لدين ، أو النزول عن الحق نزولاً كلياً أو جزئياً بمقابل أو بغير مقابل . ويرى بلانيول إمكان حصر العقود على هذا النحو مادامت العناصر المكونة لها محصورة بطبيعتها .

(١) أنظر مقاله المنشور في المجلة الانتقادية سنة ١٩٠٤ ص ١٧٠ وما بعدها .

وإذا كان بلايول بما نقلناه عنه قد استطاع أن يثبت أنه يمكن وضع أساس منطقي لتقسيم العقود ، فإن ذلك لا يدل على أنه يمكن حصر كل عقد بالذات وما يدخل في ذلك من تليفق و مزج واختلاط مما تستحدثه ضروب النشاط في مبادئ العمل (١) .

٦ - **تقسيم العقود المسماة في التقنين المرن السابق :** وقد أورد التقنين المدني السابق العقود المسماة دون ترتيب منطقي ودون تنسيق ، فجاءت على الوجه الآتي : البيع - المقايضة (في التقنين الوطني فقط) - الإيجار (لإجارة الأشياء وعند المقاولة وعقد العمل) - الشركة - العارية نوعها (الاستهلاك والاستعمال) - الإيرادات المرتبة - الوديعة - الكفالة - الوكالة - الصلح - الرهن - الفاروقة - الرهن العقاري

فتوالت العقود تنساق بعضها وراء بعض متنافرة ، في غير ترتيب ولا تنسيق ، حتى لمعجب الباحث كيف حشر هذا التقنين للكفالة بين الوديعة والوكالة ، وفصل بين رهن الحيازة والرهن الأخرى ، وأورد حوالة الحق في نصصرص البيع ، وجمع ما بين عقود الإيجار والمقاولة والعمل في عقد واحد (٢) .

٧ - **تقسيم العقود المسماة في التقنين المرن الجديد :** أما السنين المدني الجديد فقد رتب العقود المسماة ترتيباً منطقياً متسقاً راعى فيه المثل الذي يقع عليه العقد . فهناك عقود تنصب على الملكية ، وعقود تقع على المنفعة ، وعقود ترد على العمل . ثم إن هناك عقوداً احتمالية ينصمها أنها تلور حيماً على احتمال

(١) نظرية العقد للمؤلف سنة ١٢٩

(٢) وقد تمت المذكرة الإيضاحية للمشروع النهدي للتقنين المدني الجديد هذا الاضطراب في العبارات الآتية : « إن التقنين المدني الحالي (السابق) وضع العقود المسماة بعضها إلى جانب بعض ، دون أن ينظمها ترتيب يمشى فيه منطق سليم ، فشر الكفالة بين الوديعة والوكالة ، وجمع ما بين عقود الإيجار والاستصناع والعمل في باب واحد مع ما يوجه بين هذه العقود من تباين . وفصل ما بين رهن الحيازة والرهن الأخرى فصلاً ينطوي على كثير من التحكم إذ وضع رهن الحيازة بين العقود المسماة ونقل سائر الرهن إلى الكتاب الذي خصصه لحقوق الدائنين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥) .

قد يتحقق وقد لا يتحقق . ويتبين التفتين الجديد بعقد الكفالة إذ هو ضمان شخصي فلا يدخل في العقود المتقدمة ، ويجب في الوقت ذاته أن يفصل عن عقدى الضمان العيني وهما عقد الرهن الرسمي وعقد رهن الحيازة .

وقد نوهت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الترتيب المنطقي في العبارات الآتية : « أما المشروع فقد راعى في تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضع الذى يرد عليه العقد . فهناك عقود ترد على الملكية ، وهذه هي : البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح . وعقود ترد على المنفعة ، وهذه هي : الإيجار والعارية . وعقود ترد على عمل الإنسان ، وهذه هي : عقد المقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . وعقود احتمالية ترد على موضوع غير محقق ، وهذه هي : المقامرة والرهان وعقد الإيراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين . وقد أفرد لعقد الكفالة الباب الأخير لأن موضوع الكفالة يتميز عن موضوعات سائر العقود المسماة بأنه عقد تأمين شخصي ، فوجب تمييز الكفالة عن غيرها من العقود من ناحية ، وفصلها عن التأمينات العينية من ناحية أخرى » (١) .

فنبعث العقود المسماة على هذا الترتيب في أجزاء ثلاثة من الوسيط .

العقود

التي ترد على الملكية

٨ - العقود التي ترد على الملكية هي موضوع هذا الجزء الرابع

من الوسيط : ونبدأ بالعقود المسماة التي ترد على الملكية - البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصنع - ونخصص لها هذا الجزء الرابع من الوسيط . ونبحث العقود المسماة الأخرى في الجزئين الخامس والسادس .

وتنظم العقود الواردة على الملكية خصائص مشتركة ، فجميعاً يلتزم أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر ، ويلتزم في الوقت ذاته بتسليم هذا الشيء وبضمان التعرض والاستحقاق والميرب الخفية . أما المتعاقد الآخر فيلتزم من جهته بدفع المقابل الذي تعو في نظير الشيء الذي انتقلت ملكيته إليه إذا كان هناك مقابل .

ثم يتفرّد بعد ذلك كل عقد من هذه العقود بخصائصه الذاتية ، فلعقد الهبة خصائص يتميز بها عن عقدي البيع ، المقايضة ، ولكل من عقد الشركة وعقد القرض وعقد الصلح خصائص ذاتية يتميز بها عن العقود الأخرى . وسنرى ذلك تفصيلاً عند بحث كل عقد على حدة .

ولما كنا قد فصلنا القواعد العامة لنظرية الالتزام في الأجزاء الثلاثة الأولى من الوسيط ، فلا نطيل القول ، في صدد التردد المسماة ، فيما هو مجرد تطبيق لهذه القواعد ، بل تقتصر على الإشارة إليها . أما للذي سوف عنده في العقد المسمى ، فهو ما يتميز به هذا العقد بالذات من قواعد خاصة به تبرز ذاتيته وتبسط مقوماته وترسم صير تطوره ، ونستظهر ما في أحكامه من تطبيقات للقواعد العامة تنطوي على شيء من الخفاء ، وما في هذه الأحكام من خروج على القواعد العامة ذاتها . ونوجه عناية خاصة للنواحي العملية في العقد المسمى ، على النحو الذي أبرزته ضرورات التعامل وكشف عنه ذلك فيما عرض له من خفايا .

ونبحث العقود الواردة على الملكية في أبواب متعاقبة على الترتيب الآتي :

الباب الأول : عقد البيع .

الباب الثاني : عقد المقايضة .

الباب الثالث : عقد الهبة .

الباب الرابع : عقد الشركة .

الباب الخامس : عقد القرض وعقد الدخول الدائم .

الباب السادس : عقد الصلح .

الكتاب الأول

عقد البيع

مقدمة (*)

...

٩ - التزيف بالبيع - نصري فحانونية : أوردت المادة ١٨ من القانون المدني تعريفاً لعقد البيع على الوجه الآتي :

* مراجع في عقد البيع : لوران ٢٤ في البيع والمقايضة الطبعة الخامسة بروكل سنة ١٨٩٣ - هيك ١٠ في البيع والإيجار باريس سنة ١٨٩٧ - جوار في البيع والمقايضة الطبعة الثالثة حزيران باريس ١٩٠٢-١٩٠٤ - أوبري ورو وإسمان ٥ الطبعة السادسة باريس سنة ١٩٤٧ - بودري وسينا الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٠٨ - بيدان وليربور بيجونير وبريت دي لاجريسي ١١ باريس ١٩٣٨ - بلانيول وريير وهامل ١٠ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٤٦ - بلانيول وريير وبولانجييه ٢ الطبعة الثالثة باريس سنة ١٩٤٩ - كولان وكايتان ودي لاموراندبير ٢ الطبعة العاشرة باريس سنة ١٩٤٨ - جوسران ٢ الطبعة الثانية باريس سنة ١٩٣٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ٥ باريس سنة ١٩٥٥ .

رسائل لرو (Eyraud) في البيع والإيجار باريس سنة ١٩٠٤ . أ . البير (A. Albert) في التمييز بين بيع المنقول وإيجار العقار أو المنقول وإتييه سنة ١٩٠٦ - ديزو (Defaye) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٠٧ - فراسان (Foissin) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩١٤ - ميريس (Murisse) في الوعد بالبيع باريس سنة ١٩٢٤ - كورني (Cornille) في البيع وإيجار الأشياء ليل سنة ١٩٢٦ - بوالار (Boilard) في الوعد بالبيع كان سنة ١٩٢٩ - بريتيلار (Brétilard) في الوعد بالتفصيل باريس سنة ١٩٢٩ - دوتريش (Dautriche) باريس سنة ١٩٣٠ - تيريون (Thirion) الإيجار مع الوعد بالبيع نانسي سنة ١٩٣٠ - بوايه (Boyer) في الوعد بالبيع تولوز سنة ١٩٣١ - ديلومز (Delommez) في الوعد بالبيع ليل سنة ١٩٤٧ .
مؤلفات في القانون المصري والقوانين العربية : الأستاذ أنور سلطان سنة ١٩٥١ - الأستاذان سليمان مرقس ومحمد علي زمام سنة ١٩٥٢ وسنة ١٩٥٤ - الأستاذ محمد كامل رسي سنة ١٩٤٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي سنة ١٩٤٦ - الأستاذ جميل الشراوي سنة ١٩٥٦ - الأستاذ عبد النعم البندراوي ١٩٥٦ و ١٩٥٧ - الأستاذ منصور مسلمان منصور ١٩٢٩ - ١٩٤٧ - الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة - ١٩٥٩) - الأستاذ عصطن الزرقا في البيع في القانون المدني المصري سنة ١٩٤٣ - الأستاذ حسن علي الزنون في البيع في القانون المدني العراقي بغداد سنة ١٩٥٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف في البيع والإيجار بغداد سنة ١٩٥٦ - في القانون المدني المصري السابق : الأستاذ محمد حسني عيسى في شرح البيع سنة ١٩١٩ - الأستاذ أحمد نجيب اللال وحامد زكي سنة ١٩٤٠ (وأظهر طبعة سنة ١٩٤٤ في القاهرة الجديدة) .
وفي إشارتنا إلى هذه المراجع المختلفة نمدد إلى الطبقات البينة فيما تقدم .

« البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو > » مالاً آخر في مقابل ثمن نقدي » (١).

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٠٠/٢٣٥ (٢).

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٨٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٠٦ - ٥٠٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٧٢ (٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٦ من المشروع التمهيدي على وجه مقارب لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة أدخلت تعديلات لفظية ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣١ في المشروع النهائي . وفي مجلس النواب والشيوخ أدخلت تعديلات لفظية طفيفة أخرى فأصبح النطاق تاماً تحت رقم المادة ٤١٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ١ - ٢ - ص ١٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠٠/٢٣٥ : البيع عقد يلتزم به أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل الزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما .
(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٦ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري . وانظر في التعليق على التعريف من وجهة نظر الفقه الإسلامي والتمييز بين حكم البيع وحقوقه الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٢٤ - فقرة ٢٧) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٧ (مطابقة للمادة ٤١٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٠٦ : البيع مبادلة مال بمال .

م ٥٠٧ : البيع باعتبار المبيع إما أن يكون بيع الدين بالنقد وهو البيع المطلق ، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف ، أو بيع الدين بالدين وهي المقايضة .

(ويلاحظ أن التقنين العراقي جرى في تعريف البيع على نهج الفقه الإسلامي ، فجعل البيع شاملاً للبيع المطلق والصرف والمقايضة . ولم ير حاجة للإشارة إلى السلم ، إذ لم يمد هناك مقتضى لإفراد السلم بالذكر بعد أن أصبح بيع الشيء المستقبلي جائزاً بوجه عام ، لا بيع السلم فحسب ، فتحلل التقنين العراقي بذلك من قيود السلم المعروفة في الفقه الإسلامي : أنظر في هذا المعنى الأستاذ القانوني في البيع في القانون المدني العراقي فقرة ١٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٧٢ : البيع عقد يلتزم فيه البائع أن يتفرغ من ملكية شيء ، ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه .

(وتعريف التقنين اللبناني يقارب تعريف التقنين المصري السابق ، فهو لم يذكر في خصوص البيع إلا ملكية الشيء ، ولم يبين وجوب أن يكون الثمن نقداً) .

ويستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد ملزم للجانبين ، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلاً لذلك ثمناً نقدياً (١) . ويستخلص منه أيضاً أن البيع عقد معاوضة ، فالبايع يأخذ الثمن مقابلاً لطبيع والمشتري يأخذ المبيع مقابلاً للدين . ويستخلص منه كذلك أن البيع عقد رضائي ، إذ لم يشترط القانون لانعقاده شكلاً خاصاً فهو يعتقد بمجرد تراضى المتبايعين . ويستخلص منه أخيراً أن البيع عقد ناقل للملكية ، فهو يرتب التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري كما هو صريح النص .

وإذا قابلنا هذا التعريف الذي أورده التقنين المدني الجديد بالتعريف الذي كان يشمل عليه التقنين المدني السابق (٢) ، رأينا أن تعريف التقنين الجديد يمتاز في أمرين : (أولهما) أنه لا يقصر المبيع على ملكية الشيء ، بل يجاوز الملكية إلى غيرها من الحقوق المالية الأخرى . فيجوز أن يكون محلاً للبيع ، لاحق الملكية فحسب ، بل أيضاً حق الانتفاع وحقوق الارتفاق وحق الحكر ، كما يجوز أن يكون محلاً للبيع الحقوق الشخصية في صورة حوالة الحق ، وحقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . (والأمر الثاني) أن التعريف يبين في وضوح أن الثمن لابد أن يكون من النقود . وهذا ما يميز البيع عن المقايضة والصرف ،

(١) ومن ثم كان البيع بيعاً بالنسيئة إلى البائع ، وشراء بالنسيئة إلى المشتري . وكان الرومان يراعون هذا التركيب المزدوج ، فيسمون العقد « الشراء والبيع » (emptio-venditio) ، فإذا اختصروها فن لفظ الشراء (emptio) لا في لفظ البيع (venditio) ، لأن الدور العالب في الإجراءات الشكلية وفي الإشهاد في القانون الروماني كان للمشتري لا للبائع (دويز في عقد البيع في القانون الروماني : مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ١٩٢) . ولا يزال التقنين المدني الألماني يطلق على البيع اسم الشراء (Kauf) ، لعلمية الدور الذي يقوم به المشتري (الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٢ ص ٥) . أما التسمية الغالبة في الشرائع اللاتينية وفي الفقه الإسلامي فهي البيع ، لأن أحد الطرفين وهو المبيع يكون عيناً معينة بالذات إما وقت العقد أو عند التسليم ، وتتطلب ذاتيتها على الثمن الذي هو دين في الذمة . كذلك يبرز في خصوص المبيع المدين بنقل ملكيته وهو البائع على الدائن بهذه الملكية وهو المشتري ، كما يبرز الالتزام على الحق الشخص ماقتصرنا على لفظ « الالتزام » .

(٢) أنظر نص المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدني السابق في احنية .

ومميزه عن البيع في الفقه الإسلامي ففى هذا الفقه يصح أن يكون الثمن من غير النقود فينتسج البيع فيه ليشمل البيع المطلق والمقايضة والصرف والسلم (١).

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « أخذ المشروع هذا التعريف عن التقنين المصرى الحال (الداين) وعن التقنين البولونى . ويمتاز عن تعريف التقنين المصرى بأمرين : (أولهما) أنه لا يقتصر البيع على نقل الملكية ، بل يجاوز ذلك إلى نقل أى حق مالى آخر . فالبيع قد يقع على حقوق عينية غير الملكية كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، وقد يقع على حقوق شخصية كما فى حوالة الحق إذا كانت فى مقابل مبلغ من النقود . (والأمر الثانى) أنه يبين أن الثمن لا بد أن يكون من النقود . وهذا وصف جوهري فى الثمن يميز أن يذكر فى التعريف ، لأنه هو الذى يميز بين البيع والمقايضة . وهذا غير الشريعة الإسلامية ، ففيها أن البيع مبادلة مال بمال ، فيشمل غير البيع المقايضة والصرف . ولا يوجد فى النصوص المقابلة تعريف لتقنين أجنبى جمع بين هذين الأمرين . فن التقنينات ما ينقلها جميعاً ، كما فعل التقنين المصرى السابق ، ومثله الفرنسى (م ١٥٨٢) ، والإيطالى (م ١٤٤٧) ، والهولندى (م ١٤٩٣) ، واللبانى (م ٢٧٢) ، والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٢٢) والسويسرى (م ١٨٤) ، والسوفييتى (م ١٨٠) ، واليابانى (م ٥٥٥) . ومنها ما يقتصر على ذكر أن البيع قد يكون حقاً مالياً آخر غير الملكية وينقل أن الثمن يجب أن يكون نقداً ، كما فعل التقنين التونسى (م ٥٦٤) ، والتقنين المراكشى (م ٤٧٨) ، والتقنين الألمانى (م ٤٣٣) ، والتقنين البولونى (م ٢٩٤) ، والتقنين الصينى (م ٢٤٥) . ومنها ما يعكس الأمر ، فيقتصر على ذكر أن الثمن يجب أن يكون نقداً وينقل النص على جواز بيع الحقوق المالية الأخرى غير الملكية ، كما فعل التقنين الأسبانى (م ١٤٤٥) ، والتقنين البرتغالى (م ١٥٤٤) ، والتقنين الأرجنتينى (م ١٣٥٧) ، وتقنين كوبيك (م ١٤٧٢) ، والتقنين النمساوى (م ١٠٥٢) ، والتقنين البرازيل (م ١١٢٢) « مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٥ - ص ١٦ » .

ويأخذ الأستاذ سليمان مرقس (عقد البيع فقرة ١٢ ص ٢٣) على تعريف التقنين المدنى الجديد أنه لا ينسب « عن أهم أثر يترتب على البيع فى القانون الحديث وهو انتقال الملكية بمجرد العقد » . ولكن يلاحظ أن انتقال الملكية ليس أثراً لعقد البيع ، بل هو أثر للالتزام بنقل الملكية الذى ينشأ عن البيع . وقد نصت المادة ٢٠٤ مدنى - كما لاحظ الأستاذ سليمان مرقس - على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالتواعد المطلقة بالتسجيل » . ولا شك فى أن جعل الالتزام بنقل الملكية هو الذى ينتقلها من تلقاء نفسه أدق من إسناد هذا الأثر إلى عقد البيع ، وبخاصة إذا أحيط هذا الأثر بقبوده فلا تنتقل الملكية إلا إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم دون إخلال بتواعد التسجيل . وهذه كلها قيود لا ترد على عقد البيع ذاته ، فلو لم يكن محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم فإن العقد يبقى صحيحاً ، وهو مع ذلك لا ينتقل الملكية وإنما ينشأ التزاماً بنقلها . وكذلك البيع غير المسجل يبقى =

١٠ - البيع ونقل الملكية : ولعل أهم تطور في تاريخ البيع هو تطوره ليكون عقداً ناقلاً للملكية ، وصنابع مراحل هذا التطور عند الكلام في التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (١). وتقتصر هنا على القول إن البيع لم يكن في القديم عقداً ناقلاً للملكية . فقد كان البيع في القانون الروماني لا يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، بل التزاماً بنقل حيازة المبيع إلى المشتري ، إلا إذا اشترط المشتري على البائع أن ينقل له الملكية . وكذلك كان الحكم في القانون الفرنسي للقديم ، فكانت الملكية لا تنتقل فيه إلا بالقبض . ولكن مراحل طويلة من التطور في هذا القانون انتهت إلى أن يكون القبض أمراً صورياً ، وكان يكفي أن يذكر في عقد البيع أن القبض قد تم (clause de dessaisine saisine) حتى تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري .

وقطع التقنين المدني الفرنسي في سنة ١٨٠٤ آخر مرحلة من مراحل التطور ، فجعل البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ رتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . ومن ذلك الحين أصبح البيع ناقلاً للملكية في التقيينات الحديثة ، ومنها التقنين المصري السابق والتقنين المصري الجديد ، وإن كان الفقه الإسلامي قد جعل هذا التطور وجعل البيع ناقلاً للملكية قبل ذلك بدهور طويلة ، وسرى ذلك عند تفصيل القول في هذا التطور فيما يلي (٢).

١١ - خصائص عقد البيع - استنباهه بمفرد آخرى : وقد رأينا فيما تقدم أن أهم خصائص عقد البيع هو نقله للملكية حق في مقابل عوض نقدي ،

يماً ، مع أنه لا ينتقل الملكية إلا بالتسجيل . وهذا ما جعل الأستاذ سليمان مرقس يستخرج فيقول : « ولعل ما حدا للمشرع إلى ذلك ملاحظته أن بعض البيوع لا يرتب عليها هذا الأثر وورفته في وضع تعريف شامل لجميع أنواع البيع » .

وقد قول الأستاذ منصور مصطفي منصور (البيع والمقايضة والإيجار) فقرة ٩ ص ١٤ - ص ١٦ (الرد بتفصيل على اعتراض الأستاذ سليمان مرقس . قارن الأستاذ عبد المنعم البدراني (فقرة ٢٢ ص ٣٦) والأستاذ عبد الفتاح عبد الباق (فقرة ١٢ ص ١٤ - ص ١٦) والأستاذ جميل الشرقاوي (فقرة ٧) والأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي (فقرة ٢٧) .

(١) انظر فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٣٢ فيما يلي .

(٢) انظر فقرة ٢٣١ فيما يلي .

فهو إذن عقد معاوضة. ناقل للملكية والثمن فيه نقد (١). وهذه الخصائص وحدها تكون عادة كافية لتمييز عقد البيع عن غيره من العقود. فكونه معاوضة يميزه عن عقد الهبة مثلاً، الذي هو أيضاً ناقل للملكية ولكنه ليس معاوضة بل تبرعاً. وكونه ناقلاً للملكية يميزه عن عقد الإيجار مثلاً، الذي لا ينقل إلا أجر ملكية العين المؤجرة بل يقتصر على أن يربط له حتماً شخصياً في ذمة المؤجر للانتفاع بالعين. وكون المقابل في عقد البيع هو مبلغ من النقود يميز هذا العقد عن عقد المقايضة مثلاً، والمقابل في المقايضة ليس مبلغاً من النقود. ومع ذلك قد يلتبس عقد البيع بهذه العقود ذاتها أو بعقود أخرى، فيدق تمييزه عنها. ونضرب لذلك الأمثلة الآتية :

١ - قد يدق التمييز بين البيع والهبة إذا كانت الهبة مقابل عوض هو مبلغ من النقود. فقد يكون هذا المبلغ كبيراً إلى حد يقرب من قيمة الشيء الموهوب، وعند ذلك يصح التساؤل هل العقد هبة بعوض أو هو بيع سمي الثمن فيه عوضاً (٢). والعبارة في التمييز بين فرض وآخر بنية التبرع، فإذا كانت موجودة في جانب العاقد الذي أعطى الشيء كان العقد هبة، مهما بلغ مقدار العوض، وإلا فالعقد بيع (٣). ووجود نية التبرع مسألة واقع، يقدرها قاضي الموضوع

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن نقل الملكية في مقابل ثمن معين يكون بيعاً، ولو لم يذكر لفظ البيع (١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢).

(٢) وهناك فروق واضحة بين أحكام البيع وأحكام الهبة من وجوه مختلفة : من ناحية الشكل، ومن ناحية الأحكام الموضوعية وبخاصة من ناحية الدعوى البولصية وصيغ التصرف في مرض الموت وضمان الاستحقاق وضمان الميوب الخفية والدلط في الشخص وغير ذلك من المسائل التي نعرف في مواضعها.

(٣) وقد يتخذ البيع متاراً للهبة، فيذكر فيه عوض على أنه الثمن، ثم يوجب للبائع الثمن المشتري. مثل هذا العقد لا شك زطية فهو هبة، بل هبة مكشوفة. وتسرى عليه أحكام الهبة، لا من حيث الموضوع فحسب بل أيضاً من حيث الشكل. فإذا أتي الوهاب متر الهبة ولم يذكر أنه وهب الثمن للمشتري بل ذكر أنه قبضه، فالعقد هبة مستورة، تسرى عليه أحكام الهبة من حيث الموضوع، ولا تسرى عليه أحكامها من حيث الشكل فلا تشترط فيه الرسمية.

بل إن الوصية - وهي تصرف من جانب واحد لا عقد، وتبرع كالهبة لا معاوضة كالبيع - تلتبس كثيراً بالبيع وتتخذ متاراً لها. وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد :
« وكثيراً ما ينشأ الوصية تحت اسم آخر كالبيع، فعلى محكمة الموضوع أن تثبت إرادة المتصرف، »

= وأن تكيف هذه الإرادة التكييف القانون الصحيح خاصة في ذلك لرقابة محكمة المنصر...
 ونية المنصرف تنوم عليها علامات كثيرة ، كاستمرار وضع يد البائع على العين واستمراره إلى حين وفاته ، وكفقر المشتري وعدم قدرته على دفع الثمن المسمى في العقد ، وكعدم تسجيل العقد ، وكاستمرار قيام البائع بدفع الأموال الأميرية أو الموائد من تاريخ البيع إلى تاريخ وفاته...
 وتضمن القانون الجديد نصاً في هذه المسألة هو المادة ٩١٧ ، وتقتضي بأنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ، عالم بقم دليل يخالف ذلك » . ويررر ملك القانون الجديد وميله إلى ترجيح جانب الوصية على جانب البيع والهبة ، مما يؤدي في الغالب إلى تقييد التصرف ، أن يثبت القضاء على التساهل في تفسير التصرف على أنه بيع أو هبة لا على أنه وصية قد انعدم . فقد كان القضاء يرجح جانب البيع لو الهبة على جانب الوصية لما كانت أحكام الوصية تضييق من الإيصاء لوارث ، فكانت القضاء يمالج بهذا التساهل مياً في القانون ، ليصح وصايا لها ما يبررها في ظروف الأسرة تحت ستار أنها يبيع أو هبات منجزة . أما اليوم فقد عدل المشرع المصري من أحكام الوصية ، فأجاز الوصية لوارث فيها يزيد على ثلث التركة وجعلها كالوصية لغير الوارث ، ثم بعد ذلك مقتضى لتسمية التصرفات بغير أسمائها الحقيقية ، وما دامت الوصية السافرة للوارث جائزة ، فلا محل إذن للوصية المستترة... ومن ذلك نرى أن القرينة القانونية التي أقامها القانون الجديد — وهي احتفاظ المورث بالحيازة وبحقه في الانتفاع مدى حياته — هي الشيء الثابت في هذه المسألة . وهي قرينة قابلة لإثبات العكس ، فيجوز إثبات أن التصرف بيع أو هبة لا وصية بتقديم قرائن في هذا المعنى ، كتسجيل التصرف والتنازل عن شرط منع التصرف وتبرير الاحتفاظ بحيازة العين عن طريق أن المشتري قاصر وأن البائع بائع الحيازة نيابة عنه وغير ذلك من الظروف التي تعارض أن التصرف وصية (الوسيط ١ ص ٥٩٦ — ص ٥٩٩ في الهامش) . ويلاحظ أن المادة ٩١٧ مدني استحدثت قرينة قانونية تتصل بموضوع الحق اتصالاً وثيقاً ، فلا يكون لها أثر رجعي ، شأنها هذا شأن سائر القواعد الموضوعية (الوسيط ٢ فقرة ٢٢ ص ٦٠١ هامش رقم ٢ — بارتان على لوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر — جني العلم والصباغة في القانون الخاص ٣ ص ٢٢٢ — ص ٢٢٤ — الأستاذ عبد المنعم البهراوى فقرة ٤٨ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٦ ص ٢١ — ص ٢٣ — الأستاذ اسماعيل خانم ص ٢٢ . وأنظر عكس ذلك وأن هذه القرائن متعلقة بقواعد الإثبات ، والنصوص الخاصة بالإثبات ماعدا النصوص الخاصة بالأدلة التي تعد مقدماً تسرى على جميع الوقائع بالترتيب سواء كانت لاحقة لصورها أو سابقة : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨) .

ونضيف هنا قضاء محكمة النقض في تكييف المقديماً أو هبة : اشترط للبائع حيز الانتفاع بالمبيع طوال حياته ومنع المشتري من التصرف : بيع (٢٢ يونيو سنة ١٩٢٨ مجموعة ص ٢٢ رقم ١٢٢ ص ٤٠١) — تصرف منجز حال الحياة وسجل قبل وفاة المنصرف بزمان طویل : صحيح إما كبيع أو كهبة مستترة (٢٢ يونيو سنة ١٩٢٨ مجموعة ص ٢ رقم ١٢٤ ص ٤٠٢) — اتفاق =

وحده دون رقابة عليه من محكمة النقص (١). ومما يرجح وجود هذه النية أن

= البائع والمشتري على بناء العين المبيعة تحت يد البائع ليتفقد بها طول حياته : بيع أو هبة مستقرة (١٣ أبريل سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٧٩ ص ٥٤٧) - المند في حياة البائع يرفع يده عن الأرض المبيعة واتخاذ كل التدابير اللازمة لتسجيل المند : بين ١١ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٦ ص ٥٦٤) - الاحتفاظ بحق الانتفاع مدة الحياة ومنع المشتري من التصرف لا يحول دون انعكاس تصرف بيعاً (٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٨ ص ٥٨٣) - ليس من الضروري وضع المشتري يده على العين لتكييف المند بيعاً (١٩ مايو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢ ص ٧١٨) - نزل البائع للمشتري عن باقي اثنى واشترط ألا يتصرف المشترون في المبيع مادام حياً ولكن صدر منه بعد ذلك إقرار يلغى هذا الشرط ويطلق للمشتري حرية التصرف ، فهذا بيع لا وصية (٨ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٨ ص ٥٧٤) - لا يكون لتكييف المند وصية اشتراط موافقة البائع على تصرف المشتري (٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤١ ص ١٥٢) - بيع مسجل من والده إلى ولده : بيع أو هبة مستقرة (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٤٦ ص ٢٥٦) - اشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في العين المبيعة مابق البائع حياً لا يمنع من تكييف المند بيعاً (٢٤ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٩ ص ٤٠٦ - وفي تكييف المند وصية : لم يسجل البيع واستأجر البائع المبيع ورجع بعض الأطيان (٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢١٩) - وجود ورقة فند تنفي بأن البيع لا يسرى إلا بعد وفاة البائع (٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٠٢ ص ٥٩٧) ، استبقاء البائع حيابة المبيع وعدم دفع المشتري للمند ومنعه من التصرف وعدم إلزامه بدفع الأموال (١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٠ ص ٨٩٧) - تصرف من والده إلى ولده بشئ بخس مع احتفاظ البائع بحق الانتفاع ومنع المشتري من التصرف (٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٢ ص ١١٢٠) - عند صادر من مورث إلى وارث وقد ثبت أن المورث لم يكن في حاجة إلى بيع أملاكه ولم يقبض ثمناً وظال واضماً يده على المبيع طول حياته واحتفظ بالمند عنده حتى لا يسجل (٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١ ص ٣٢) - وقضت محكمة النقض بأنه إذا كان التراجع غير قائم حول صحة التصرف باعتباره وصية ، وإنما كان قائماً حول تعرف نية المتصرف هل هي البيع أو الهبة أو التبرع ، فلا شأن لجهة الأحوال الشخصية به ، بل الشأن فيه لجهة القضاء العادي (٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥٦ ص ٤٣٧) .

وأنظر أيضاً في تكييف المند وهل هو وصية أو عقد تمليك منجز : نقص مدني ٥ ينظر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢ ص ٤٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٥ ص ١٢٥ (إيداع مبلغ في صندوق التوفير باسم شخص معين) - ٢ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٩ ص ١٤٨ - ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٢٦ ص ٢٠٥ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٥ ص ٣٠٦ .

يكون المرض في مصلحة شخص ثالث غير الواهب ، بل قد يكون الموهوب له الحقيقي هو هذا الشخص الثالث وقد وسط الواهب المتعاقد الآخر بينهم (١).

٢ - وقد يدق التمييز بين البيع والإيجار إذا وقع العقد لا على الشيء ذاته ، بل على ثمراته أو منتجاته. ويقال عادة إن الفرق بين الثمرات (fruits) والمنتجات (products) هو أن الأولى دورية (périodique) تتجدد دون انقاص ، أما الأخرى فتتناقص حتى تنفذ . فمحصولات الأرض تعتبر ثمرات لأنها تتجدد في أوقات دورية ، أما الفحم والبتروول والمعادن والحجر في المناجم والمهاجر فهذه كلها منتجات لأنها غير دورية بل إن مصيرها إلى النفاذ . ومن ثم فقد قيل إن العقد إذا وقع على الثمرات فهو إيجار إذ يقع على منفعة الأرض المتجددة التي لا تنفذ ، وإذا وقع على المنتجات فهو بيع إذ يقع على هذه المنتجات ذاتها لا على منفعة متجددة (٢). ويطلب أن يكون هذا صحيحاً ، ولكنه قد لا يصدق في بعض الحالات . فقد يبيع صاحب الأرض المحصول الناتج منها وهو لا يزال في الأرض ، فيكون العقد بيعاً لهذا المحصول لا إيجاراً للأرض . ويطلب في هذه الحالة ألا يسلم "أنتع الأرض للمشتري ولا يسلم له إلا المحصول ، وأن تكون مصروفات الزراعة على صاحب الأرض لا على المشتري . أما في الإيجار فنسلم الأرض للمستأجر الانتفاع بها ، وتكون مصروفات الزراعة

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٥ - الأستاذ منصور مصلح منصور فقرة ١١ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت من أوراق الدعوى أن المعلن قد تعاقد مع وزارة المالية على أن يقوم باستغلال الطرون الجاف باستنفات منطقتين رسا مزادها عليه مقابل ثمن معين ، وعلى أن يدفع لوزارة المالية علاوة على هذا الثمن أتاوة كذا جنباً عن كل طن ، كما استخلصت في حدود سلطاتها الموضوعية أن وزارة المالية لم تتفق مع المعلن على حد أدنى لكبة الطرون الذي يقوم باستخراجه مقابل الثمن الذي رسا به المزاد عليه ، فهذا العقد موضوعه محصول طبيعي غير متجدد وليس ثمرة أو ريعاً مستنفات المذكورة ، لكونها جزءاً منه لا بد من نقاده يوماً ما . وحقيقته - مهما كان قد ورد فيه من ألفاظ انزجيرة والإيجار والمستأجر - أنه عقد بيع للطرون لا عقد إيجار للمستنفات . والمبيع بموجبه هو عين معينة من كل الطرون الموجود بالمستنفات بلا حاجة إلى وزن ، وثمنه قد حدد دون توقف على وزن فيما عدا مبلغ الإتاوة . وينبغي على ذلك اعتباره بيعاً جرافاً ، فهو يقع لازماً مهما كان من ادعى البيع أن يملكه المعلن (١ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣١ ص ١٦١) .

على المستأجر لا على صاحب الأرض (١). ولكن لا يوجد ما يمنع من أن تكون مصروفات الزراعة أو بعضها في الإيجار على صاحب الأرض لا على المستأجر ، ولا أن تكون مصروفات إنتاج المحصول الذي باعه صاحب الأرض أو بعض هذه المصروفات على المشتري لا على صاحب الأرض . فالعبرة إذن بنية المتعاقدين ، هل أرادوا بيعاً أو إيجاراً ، وتتخذ الظروف الخارجية التي أشرنا إليها قرائن قضائية على هذه النية ، وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص من هذه القرين ومن غيرها دلالتها ، وتقدر موضوعى لا معقب على فيه من محكمة القضا (٢). فقد يؤجر صاحب المبنى أو المحجر منجمه أو محجره المستأجر في مقابل أجره دورياً . تكون العقد إيجاراً لا بيعاً ، وتسرى م الإيجار وبخاصة ما يتعلق به تجديد الإيجار وبامتياز المؤجر وبطريقة الشهر ، وكل هذا يست تماماً عن الأحكام الخاصة بعقد البيع (٣).

وهناك فرض آخر يدق فيه التمييز بين البيع والإيجار . يوصف العقد بأنه إيجار حتى إذا واطب المستأجر على دفع الأجرة لمدة معينة انقلب العقد بيعاً واعتبرت الأجرة أقساطاً للثمن . وهذا ما يسمى بالإيجار السائر للبيع (location - vente) ، وقد ورد فيه نص فى نص المادة ٤٣ مدنى ، ويقضى هذا النص بأن العقد يعتبر في هذه الحالة بيعاً لا إيجاراً فتسرى عليه أحكام البيع . وسنورد إلى هذه المسألة تفصيلاً في مكان آخر (٤).

(١) بلايير وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢ ص ٥ - ص ٦
(٢) أما التكييف القانوني للعقد بعد استخلاص نية المتعاقدين الواقعية فمسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض (بلايير وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢) ويراعى في التكييف أن البيع ينشئ التملك بنقل الملكية ، أما الإيجار فينشئ التزاماً بعمل هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة .
(٣) وليس من الضروري ليكون العقد إيجاراً أن يكون للمستأجر الحق في جميع وجوه الانتفاع بالعين المؤجرة ، فقد يؤجر صاحب الأرض بعض منافع أرضه ، كأن يؤجر حق الصيد فيها (بلايير وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣ ص ٦) .

وقد يقال إن الإيجار عقد زمني فالزمن فيه عنصر جوهري ، أما البيع عقد فوري . وهذا المعيار صحيح ، ذلك وإن كانت هناك بيعاء الزمن فيها عنصر جوهري فيكون عقوداً زمنية وذلك كمعقود التوريد .

(٤) ٩٠ - فقرة ٩١ فيما يل - وقد يشبه بيع بالإيجار في النزاع عن الإيجار والإيجار من الباطل ، حيث ينزل المستأجر عن إيجاره لتغيره وهذا هو البيع أو يؤجر منه للتغير

٣ - وقد يتراوح العقد بين أن يكون بيعاً أو مقايضة . مثل ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على أن يعطيه داراً في مقابل أحد شيئين يختاره المتعاقد الآخر ، مبلغ معين من النقود أو أرض معينة . فهنا العقد يكون بيعاً أو مقايضة بحسب المقابل الذي يختاره المتعاقد الآخر ، فان اختار النقود كان العقد بيعاً ، وإن اختار الأرض كان العقد مقايضة . ولا يقع في هذا الفرض لبس ما ، وخصوصيته في أن العقد لا يتمحض منذ البداية بيعاً أو مقايضة ، ولا يعرف ذلك إلا عندما يختار المتعاقد الآخر المقابل الذي يدفعه . ولكن قد يدق التمييز فيما إذا أعطى شخص داراً لآخر في مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية ، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد فيكون العقد بيعاً ؟ الظاهر أن هذا المقابل ، وإن أمكنت معرفة قيمته نقداً بمجرد تبين سعر السوفى ، إلا أن العبرة فيه هي بطبيعته وقت العقد ، وهو ليس نقداً ، فيكون العقد مقايضة لا بيعاً . وإذا كان المقابل إبراداً مرتباً مدى الحياة ، فقد ذهب البعض إلى أن المقابل ليس بنقود بل هو الحق في المرتب ، ومن ثم يكون العقد مقايضة . ولكن الصحيح أن العقد بيع قدر الثمن فيه - وهو نقود - على وجه احتمالي في صورة الإبراد (١) . وإذا كان المقابل بعضه نقود وبعضه غير نقود ، فاذا كان العنصر الغالب هو النقود ، كما إذا بيعت سيارة جديدة بألدين على أن يحسب من الثمن سيارة قديمة قدرت قيمتها بنخمسائة ، فالعقد بيع . أما إذا كان العنصر الغالب هو غير النقود ، كما إذا استبدلت سيارة بأخرى متقاربتين في القيمة مع دفع

= وهذا هو الإيجار من الباطن . ويرجع في ذلك إلى نفس المتأقدين ، ولكن قد يسى هذا القصد حتى يذ التمييز . بل يقع أن يعتمد المستأجر وصف العقد الصادر منه بأحد التعريفين وهو يعتمد التصرف الآخر . فمادت الفقرة الأولى من المادة ٥٩٤ مدنى إلى قطع السبيل على هذا التعايل ، ونصت على أن منع المستأجر من أن يزجر مر الباطن يقتضى منعه من التنازل من الإيجار ، وكذلك العكس .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥ ص ١٦٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٧ ص ١٣٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٤ ص ١٩٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٤٨ ص ٩٢ - الأستاذ جمال الدين زكى فى النقود المسماة فقرة ١١٨ ص ٢٣٢ - الأستاذ منصور ميمطى منصور فقرة ١٥ - وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٥ .

معدل من العقود زهيد ، فالعقد مقايضة (١) .

وقد قدمنا أن عقد البيع قد يلتبس بعقود أخرى غير العقود الثلاثة المتقدمة الذكر ، ونستعرض بعض الأمثلة على ذلك .

١ - فقد يدق التميز بين البيع والوفاء بمقابل . وقد قدمنا في الجزء الثالث من الوسيط (٢) أن الوفاء بمقابل قد اختلف في تكييفه . فهو في جميع الأحوال ينقل ملكية شيء يعطى في مقابلة دين يوفى به ، فيسرى عليه من حيث أنه ينقل الملكية أحكام البيع ، وبخاصة ما تعلق منها بأهلية المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب . ويسرى عليه من حيث أنه يقضى الدين أحكام الوفاء ، وبخاصة ما تعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التأمينات (انظر م ٣٥١ مدني) . وقد رأينا أن التكييف الصحيح للوفاء بمقابل أنه تجديد بتغيير محل الدين ، فيحل محل الدين الأصلي دين جديد ، وبقترن التجديد في الوقت ذاته بوفاء الدين الجديد عيناً بالشيء المعطى (٣) . فيجمع الوفاء بمقابل بين خصائص التجديد وخصائص الوفاء ، ويسرى عليه أحكام كل منهما . ثم هو في الوقت ذاته ناقل للملكية الشيء المعطى ، ومن هذه الناحية وحدها أشبه البيع وسرت عليه أحكامه ، وبخاصة ما تعلق منها بالأهلية والضمان كما سبق القول (٤) .

٢ - وقد يدق التميز بين عقد البيع وعقد المقايضة . فإذا كان الصانع هو الذي ورد الخانات التي يصنعها ، وكانت الخانات أكبر قيمة من عمله ، فالعقد بيع . ومن ثم يكون العقد الذي يلتزم به صاحب المصنع أن يورد

(١) الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - وأنظر ما يلى فقرة ٢٠٤ وفترة ٤٢٧ .

(٢) فقرة ٤٧٧ - فقرة ٤٨٠ .

(٣) الوسيط ٣ فقرة ٤٨٠ .

(٤) قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٢ . وقد قضت محكمة الاستئناف الحليطة بأن إعطاء المستأجر المحصول للمؤجر للوفاء بالأجرة لا يعتبر وفاء بمقابل ولا يعتبر بيعاً ما دام لم يحدد الثمن . ولكنه تسليم المحصول للمؤجر على سبيل الضمان ، مع توكيله في بيعه لحساب المستأجر بعد حسم الأجرة . فالمحصول في هذه الحالة لا يزال ملكاً للمستأجر ، ومن ثم إذا وقع أحد دائنيه الخبير عليه لا يمكن للمؤجر أن يعترض على الحجز بأنه وقع على مال غير نلوك للمدين (٦ يناير سنة ١٩١٥ ص ١٧) .

مصنوعاته إلى العميل ، كما إذا تعهد بتوريد آلات أو أجهزة أو أسلحة أو بولنهر أو سيارات أو غير ذلك ، هو بيع أشياء مستقبلية . أما إذا كانت الخيامات أقل قيمة من العمل ، كالرسام يورد القماش (toile) أو الورق الذي يرسم عليه والألوان التي يرسم بها ، فهذه الخيامات أقل بكثير من قيمة عمل الفنان ، ويكون العقد عقد مقاول لا عقد بيع . والخياط (الترزى) إذا ورد القماش وكانت قيمته أقل من قيمة العمل فالعقد مقاول ، وإذا كانت قيمته أكبر فالعقد بيع (١) . وقد تتقارب قيمة القماش وقيمة العمل ، فالعقد يكون في هذه الحالة مزيجاً من بيع ومقاول (٢) . أما المقاول الذي يتعهد بإقامة مبنى ، فإن كانت الأرض التي يقام عليها المبنى ملكاً لرب العمل كما هو الغالب فالعقد مقاول ، وإن كانت الأرض ملكاً للمقاول فالعقد بيع الأرض في حالتها المستقبلية أى بعد أن يقام عليها المبنى (٣) .

٣ - وقد يدق التمييز بين عقد البيع وعقد الوديعة . فيقع أن يودع الشيء صاحبه عند آخر ليبيعه بمبلغ معين ، على أن يأخذ المودع عنده مقداراً معلوماً أجراً له . مثل ذلك أن يودع المؤلف نسخاً من كتابه في مكتبة لبييعها صاحب المكتبة ، أو أن يودع تاجر الجملة مجوهرات عند تاجر التجزئة لبييعها . ففي هذه الأحوال تكون النسخ أو المجوهرات مودعة عند صاحب المكتبة أو عند تاجر التجزئة ، وهذا إما أن يبيعها لحساب صاحبها فيكون وكيلًا بالبيع بعد أن كان مودعاً عنده ، وهو وكيل بالأجر إذ يتقاضى أجراً معيناً على ما يقوم ببيعه . وإما أن يعتبر ، عندما يجد مشترياً ، أنه هو اشتراها أولاً من صاحبها بثمن معين ، ثم باعها للعمل بثمن أكبر ، والفرق هو مكسبه . والقول بتكليف أو بآخر

(١) وتنص الفقرة الثانية من المادة ٦٥٨ من تقنين التوجيهات والمفتود اللبناني على ما يأتي :
« على أنه إذا كانت المواد التي يقدمها الصانع على الموضوع الأصلي في العقد ولم يكن العمل إل
فرعاً ، كان هناك بيع لا استصناع » .

(٢) ويقترب من هذا الرأي الأستاذ محمد كامل برسي فقرة ١٨ من ٢٠ .

(٣) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٥ .

فيكون هناك عقد مسمرة (وكالة) مقترناً بمقضى بيع على النحو الذى رأيناه في المسخر (١) .

٥ - وقد يصدق التمييز بين عقد البيع وعقد القرض . ويحدث ذلك في مثل القرض الآتى : يريد شخص أن يقرض من آخر ، فيعقد إلى شراء سلعة من المقرض بشئ مؤجل ، ثم يبيعها بشئ معجل ، فيصبح مديناً بالثمن المؤجل ويتقاضى في الوقت ذاته الثمن المعجل ، وترجع السلعة إلى صاحبها كما كانت . وتكشف هذه العملية المركبة عن أن المشتري إنما هو مقرض ، اقترض الثمن المعجل على أن يؤدي بدله الثمن المؤجل عند حلول الأجل ، ويكون الثمن المؤجل أعلى من الثمن المعجل والفرق بين الثمنين إنما هو فوائد القرض . وهذا ما يعرف في الفقه الإسلامى ببيع العينة (٢) . والواجب في هذه الحالة استخلاص نية المتعاقدين ، ويغلب أن تكون هذه النية قد انطوت على قرض برأ فاحش ، احتال المتعاقدان للوصول إليه عن طريق بيعين متعاقبين أحدهما بشئ مؤجل والآخر بشئ معجل . ومتى تبين للقاضي أن هذه هي نية المتعاقدين ، وجب أن يجرى أحكام القرض وأن يسقط البيع من حسابه ، ومن ثم ينقص الفوائد الفاحشة إلى الحد المسموح

(١) وقد تختلط الوكالة بالبيع في البيع مع حق التبرير بالشراء من الغير (déclaration de commande) وقد قضت محكمة النقض بأن تكييف العلاقة القانونية بين المشتري الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة ، تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير ، غير جار على إطلاقه . فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التى يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تناقضاً ، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع ، وبقاء المين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه ، وهى أحكام مقررة في شرط اختيار الغير ، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً . ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول ، وهو أهم ما يقصد من شرط اختيار الغير ، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير ، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوراً على حالة ما إذا أعمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع . أما قبل ذلك ، أو إذا لم يعمل هذا الحق ، أو إذا أعمله بعد الميعاد ، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ بحسبة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٢١٢) .

(٢) ويعرف القانون الفرنسى القديم هذا العقد ، ويسميه بونيه Mohatra (بودرى

ومينيا فقرة ٢٢) .

به قانوناً . وقد كان بيع الوفاء قبل تحريره يحقق هذا الغرض في كثير من الأحوال . وينتدب وسيلة إلى القرض برها فاحش . فينظاها البائع وفاء أنه يبيع عيناً ، وإنما هو يبرهنها عند المشتري وفاء فاذا رد القرض في الميعاد المضروب استرد العين ، ويكون المشتري قد استولى على الربح وهو يزيد عادة على الفوائد المسموح بها . وإذا لم يرد المقرض القرض في الميعاد ، ضاعت عليه العين . ومثل هذا العقد يجب اعتباره قرصاً مضموماً برهن ، وقد صدر تشريع في عهد التقنين المدني السابق يقضى بجملة باطلا باعتباره بيع وفاء وباعتباره رهناً ، أما في التقنين المدني الجديد فقد حرم بيع الوفاء ذاته حتى لا يتخذ فريضة لمثل هذه الأغراض (١) .

١٢ - أهمية عقد البيع وكيف حل المقايضة : وعقد البيع هو

أكثر العقود شيرعاً في التعامل ، فهو قوام الحياة التجارية والمدنية . وحتى قبل أن تتسع ميادين التجارة وتتنوع ضروب البياعات التجارية ، كان البيع هو العقد الرئيسي في مراحل تطور الحضارة ، ولا تكاد تذكر العقود المسماة إلا ويكون على رأسها عقد البيع (٢) .

ولم يكن البيع معروفاً في البداية ، بل سبقته المقايضة (troc) قبل أن يكشف الناس أن تكون وساطة التعامل فيما بينهم المعادن الثمينة ، ثم النقود . فكان الناس في أقدم العصور يتفاضون سلعة بسلعة ، ولكن المقايضة لم تكن تصلح إلا لجمعية بدائية حيث يمكن حصر السلع المرغوب فيها والتقايفض عليها . فلما تقدمت الحضارة وتنوعت الحاجات ، أصبحت المقايضة كطريق للتعامل صيرة التناول وقل أن تنى بالأغراض المختلفة التي جدت للناس . وكان لابد من إيجاد سلعة عامة تقوم بها جميع السلع ، وتكون هي الواسطة في التبادل . فكانت المعادن الثمينة هي السلعة المنشودة ، وبخاصة الذهب والفضة ، يزن المشتري منهما ثمن

(١) الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٦ .

(٢) وقد نشأت أغلب القواعد العامة لنظرية العقد في رحاب عقد البيع (الاستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٢ ص ٧) . وفي الفقه الإسلامي بوجه خاص ، أحكام عقد البيع هي المصدر الذي ينشأ منه أحكام عامة لنظرية العقد .

ما يشتره . ثم أنشئت دار المسك هذه للمعادن ، ولم يكن للدولة رقابة عليها في البداية ، ثم أخذت الدولة تبسط رقابتها على هذه الدور إلى أن سيطرت عليها ، وأصبحت وحدها هي التي تملك العملة . وهكذا ظهرت النقود وصاغة للتعامل (١) ، ومنذ ظهرت على هذا النحر ظهر معها عقد البيع ، وانتشر هذا العقد في جميع ضروب التعامل وحل محل المقايضة ، وأصبح هو العقد الأول الذي يتعامل به الناس . على أن كل هذا لم يتم إلا تدرجاً ، فلا تزال الحضارات القديمة تحمل أثر المقايضة في معاملاتها ، حتى أن الفقه الإسلامي يجعل البيع شاملاً لها كما تقدم القول .

ولم تختلف المقايضة تماماً من مبادئ التعامل ، فقد يقع أن يتقايبض شخصان شيئاً بشيء ، فإذا لم تتعادل القيمتان دخلت النقود ولكن في دور ثانوي كمعدل (soulte) للقيمتين . ومن ثم نظم المشرع عقد المقايضة عتب عقد البيع ، دون أن يفيض في هذا التنظيم لقلة الحاجة إلى هذا العقد ولأن أحكامه هي عين أحكام البيع ، لا فرق بين العقدين إلا في طبيعة المقابل فهو نقد في البيع وعين في المقايضة . وحظ المقايضة في الدول الخارجية أوفر من حظها في التعامل الداخلي ، فكثير من الدول في العصر الحاضر ، بعد نقد شؤون النقد ، تنفق فيما بينها على تقايض السلع .

١٣ - تنظيم عقد البيع في التقنين المدني السابق : أفاض التقنين

المدني السابق في تنظيم عقد البيع (٢) ، فموضع بهذا التبسيط اقتضاه في نصوص النظرية العامة للعقد ، حتى كانت هذه النصوص تستخلص من النصوص المتعلقة بالبيع . على أنه بالرغم من تبسطه في تنظيم عقد البيع ، لم يراع ترتيباً واضحاً في تنسيق نصوصه . ونترك الكلام للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد ، حيث تنمى هذا النقص على التقنين المدني السابق في العبارات الآتية :

(١) وقد عجزت العملة المعدنية في العصر الحاضر ، وحل محلها العملة الورقية .
(٢) يخص التقنين المدني السابق عقد البيع بمائة وإحدى وعشرين مادة رزمت على هيئة نصوص ، فكانت من تنظيم أوتو من إبي عقد آخر .

« أما البيع بوجه عام ، فلم يراع فيه التقنين الحالي (السابق) ترتيباً هلياً واضحاً . فقد خصص الفصل الأول لأحكام البيع ، ولكنه لا يكاد يذكر شيئاً من هذه الأحكام ، بل هو يعرف البيع ، ويذكر أركانه وأوصافه ، ويبين كيف يكون إثباته ، ويستعرض حالات معينة فيه (بيع الجزاف والبيع بالتقدير والبيع بشرط التجربة) ، ثم يقرر أن مسروقات العقد على المشتري وهذه هي المسألة الوحيدة التي يمكن إدخالها في أحكام البيع . أما المسائل الأخرى فن الواضح أن العنوان الذي وضع لها لا يصدق عليها ، ثم إن كثيراً منها ليس إلا تكراراً لا فائدة فيه للقواعد العامة ، كالإثبات (م ٢٣٧/٣٠٢-٣٠٣) والبيع المعلق على شرط أو المقترن بأجل (م ٢٣٨/٣٠٤) والبيع التخييري (م ٢٤٤/٣١٠) . وخصص الفصل الثاني للمتعاقدین ، فذكر الأهلية والرضا وخيار الرؤية ، ثم انتقل إلى بيع المريض مرض الموت وبيع عمال القضاء وبيع النائب لنفسه . وظاهر أن هذا خلط لا مسوغ له بين أركان العقد وأنواع معينة من البيوع كان الواجب أن ينفرد كل نوع منها بمكان خاص كما قدمنا (١) . وخصص الفصل الثالث للمبيع وقد التزم فيه شيئاً من المنطق ، إلا أنه أورد في هذا الفصل بيع ملك الغير وكان الواجب إفراده بمكان خاص (٢) . وخصص الفصل الرابع لما يترتب على البيع ، والظاهر أنه يريد أحكام البيع الذي عنوان به خطأ الفصل الأول . وقد بسط في هذا الفصل التزامات البائع والتزامات المشتري على ترتيب لا يؤخذ عليه عيب واضح . وخصص الفصل الخامس لبعض في البيع ، وكان الأولى ألا ينفصل هذا الموضوع عن مكانه الطبيعي عند الكلام في تقدير الثمن (٣) .

(١) هذه مسألة فيها نظر . فقد عهدنا ، في شرحنا هذا للبيع ، إلى أن ندسج هذه المسائل في أركان البيع في الأماكن المناسبة . فالبيع لعمال القضاء هو بيع لحقوق متنازع فيها ، ويتصل هذا اتصالاً وثيقاً بركن في البيع هو المبيع . وبيع المريض مرض الموت يتصل أيضاً بالمبيع ، من حيث تقييد تصرف المريض في شيء مملوك له رعاية لحق الرثة . وبيع النائب لنفسه يدخل في النيابة في التعاقد ، وهذه تتصل اتصالاً وثيقاً بالتراضي كركن في البيع ، فيجوز صدور الرضاء من الأصل أو عن النائب .

(٢) وهذه أيضاً مسألة فيها نظر . فبيع ملك الغير يتصل بالمبيع ، من حيث إن الأصل أن يكون المبيع مملوكاً للبائع ، وهذا يجر إلى الكلام في بيع ملك الغير . وهذا ما فعلناه في شرحنا .

(٣) بحسب الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧ - ص ٨ .

١٤ - تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد - ما استحدثت هذا

التقنين من التعديلات : أما التقنين المدني الجديد فقد كان أحد منطقتين في ترتيب نصوصه ، إذا استعرض في أقسام ثلاثة رئيسية أركان البيع والتزامات البائع والتزامات المشتري .

ففي أركان البيع خص بالذكر المبيع والتمن ، استعرض حالات البيع بالمعينة والبيع بشرط التجربة وبيع المداق ، واشترط في التمن أن يكون نقداً مقدراً أو قابلاً للتقدير ، ثم استطرد إلى التمن على اعتبار أنه يرد فبدأ على حربة المتعاقدين في تقدير التمن

واستعرض التزامات البائع ، وهي نقل الملكية والتسليم والضمان . فقرر في الالتزام بنقل الملكية ما هي الأعمال التي يجب أن يقوم بها البائع لتنفيذ هذا الالتزام ، وكيف تنتقل الملكية في الشيء ، المبيع جزافاً . وفي الالتزام بتسليم المبيع ذكر على أي شيء يقع التسليم ، وحدد طريقة التسليم . وحرص لحالة هلاك المبيع قبل التسليم فبين على من يقع تبعه هذا الهلاك . وفي الالتزام بالضمان ميز بين ضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية ، وبين في كل منهما متى يوجد الضمان وماذا يترتب عليه .

واستعرض أخيراً التزامات المشتري ، وهي دفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . فقرر في الالتزام بدفع الثمن ما الذي يدفعه المشتري ، وبين مكان الوفاء وزمانه ، ثم ذكر ما يترتب من جزاء على عدم الوفاء بالثمن . واقتصر في الالتزام بدفع المصروفات على تقرير هذا الالتزام ، وفي الالتزام بتسليم المبيع على تقرير الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التسليم ومن الذي يتحمل نفقته .

وقد توخى التقنين المدني الجديد في كل ما تقدم ألا يقرر حكماً يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا إذا كان فيه شيء من الخفاء ، أو كان في حاجة إلى تحديد ، أو كان من الأهمية العملية بحيث يحسن أن يسترعى له النص (١) . وإذا

(١) مجموعة الأحوال التصديرية ٤ من ٨ - من ٩ - وتمثل تلك الملاحظة الإيضاحية للمشروع التمهيدي لتقول : من ذلك تحديد الأعمال الضرورية لنقل الملكية ، ونقل الملكية =

كان التقنين المدني السابق قد تبسط في تنظيم عقد البيع على النحو الذي قد ساء ، إن التقنين المدني الجديد وُحد مع ذلك السبيل . إلى التنقيح ، فأضاف نصراً جديدة ، وحذف نصراً معقدة ، وعدل أحكاماً معينة ، وصحح أخطاء وقعت في بعض النصوص . وهذه أمثلة على ما تقدم وردت في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى (١) :

« أضاف نصراً جديدة في البيع بالعينة ، وتقدير الثمن تبعاً لأسس معينة أو وفقاً للسعر المتداول في التجارة والبيع بثمن مقط ، وأبقى حق المشتري في ضمان الاستحقاق حتى لو اعترف وهو حرم النية بحق المتعرض ، كما أثبت للبائع حق التخلص من هذا الضمان إذا هو رد للمشتري ما دفعه للمستحق توفياً من استحقاق المبيع ، وأضاف إلى ضمان العيوب الخفية ضمان صلاحية المبيع للعمل » .

« وحذف نصراً معقدة أو نصراً لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد العامة دون أن يكون في ذكرها فائدة . من ذلك إثبات البيع وما يدخل عليه من الأرصاف ، وأهلية كل من البائع والمشتري ، وعيوب الرضاء ، والبيع للأعشى ، والشروط العامة لمحل الالتزام ، والأثر الرجعى للشرط ، وظهور العيب في بعض الأشياء المبيعة دون البعض الآخر ، وحدث عيب جديد بعد العيب القديم ، وهلاك المبيع بسبب العيب القديم ، وهلاكه بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى » .

« وعدل أحكاماً معينة ، وحدد أحكاماً مهمة ، وأوجز في أحكام مسهية . من ذلك البيع بشرط التجربة والفرق بينه وبين بيع المذاق ، وعلم المشتري بالشئ المبيع ، وضمان القدر الذى يشتمل عليه المبيع ، وتبعة الهلاك الجزئى ، وثبوت ضمان الاستحقاق ولو كان حق الغير شخصياً ، وتقادم دعوى ضمان العيوب الخفية بسنة من وقت تسليم المبيع لاثباتية أيام من وقت العلم بالعيب » .

= في الشئ المبيع جزافاً ، وبيان الطريقة في تسليم المبيع ، وتبعة هلاك المبيع قبل التسليم الاتفاق على تعديل الضمان ، وبيع الثمن ، وبيع المبيع ، وبيع بيع المنقول لعدم الوفاء بالثمن » (مجموعة الأعمال التشريعية : ٤ - ٥ - ٩ - ١٠) .

(١) مجموعة الأعمال التشريعية : ٤ - ٥ - ١٠ - ١٢ .

« وصحح أخطاء وقع فيها التقنين الحالى (السابق) . من ذلك تبعة الهلاك قبل التسليم فى البيع بالتقدير ، وأحكام بيع المريض مرض الموت ، ونقل الملكية بالتسليم فى المنقول . »

« هذا إلى أن (التقنين الجديد) نقل موضوعات من البيع إلى الالتزامات بوجه عام أو إلى الملكية لأنها موضوعات عامة تجاوز حدود البيع . من ذلك حوالة الدين ، وبيع الحقوق فى التركات المنتظرة ، وهلاك المبيع فى البيع المعلق على شرط ، ونقل الملكية فى العقار والمنقول بالعقد ، وإضعاف التأمينات ، ونظرة الميسرة . »

١٥ - **خطء المبحث :** والخطة التى تتبعها فى بحث عقد البيع أن تتكلم فى أركان هذا العقد ، ثم فى الآثار التى تترتب عليه فى فصلين متعاقبين .

ونبحث أنواع البيوع التى أفرد لها التقنين الجديد مكاناً خاصاً بها - بيع الوفاء وبيع ملك الغير وبيع الحقوق المتنازع عليها وبيع التركة والبيع فى مرض الموت وبيع النائب لنفسه - كل نوع فى المكان المناسب له فى الفصل الأول الذى خصصناه لأركان البيع . وإذا كان المشرع ، من ناحية السياسة التشريعية ، وجد من المناسب أن يجمع هذه الأنواع من البيوع وأن يفرد لها مكاناً خاصاً بها حتى يسهل العثور عليها ، فإن الفقيه من ناحية البحث العلمى ، يتردد كثيراً فى تعقب أثر المشرع فى هذه الخطة ، ويجد من الأنسب أن يفرغ على كل نوع من هذه البيوع الثوب الفقهى الذى يلائمه فى البيئة التى ينتمى إليها ، فإن هذا يعين كثيراً على تفهم صيغة كل نوع ، فيسهل بذلك تكييفه تكييفاً قانونياً صحيحاً ، وهذا من أخص أعمال الفقه . ولا يصعب بعد ذلك العثور على كل نوع منها فى المكان المناسب له ، ولا لإيراد النواحي العملية وتطبيقات القضاء فى كل نوع ، بحيث يمتزج كل هذا بتأصيل فقهى سليم يساعد كثيراً على إدراك حنظ هذه التطبيقات العملية من الإصابة والساداد .

الفصل الأول

أركان البيع

...

١٦ - تطبق القواعد العامة : أركان العقد ، في نظريته العامة ، هي التراضي والمحل والسبب . والسبب في عقد البيع لا جديد يقال فيه يزيد على ما قبل في نظرية السبب في العقد بوجه عام . ويبقى بعد ذلك ركنان للبيع التراضي والمحل .

الفرع الأول

التراضي في عقد البيع

١٧ - شروط الانعقاد وشروط الصحة والبيع المشروط : هناك شروط للانعقاد في التراضي ، وشروط للصحة . وقد رأينا كل ذلك في العقد بوجه عام ، فنطبق هنا القواعد العامة على عقد البيع بالذات ولما كانت هناك أوصاف كثيرة تدخل على الالتزامات العقدية ، فان البيع من أوفر العقود حظاً في هذه الأوصاف ، وبخاصة في وصف منها هو الشرط .

فتكلم إذن ، في مباحث ثلاثة متعاقبة ، في شروط الانعقاد في عقد البيع ، ثم في شروط الصحة ، وننتهي بالكلام في بعض بيوع مشروطة لها شأن ملحوظ في مجال التعامل .

فروض الانقياد

١٨ - التبايع اصالة والنيابة في التبايع : الأصل أن يتبايع المتعاقدان

إصالة عن نفسيهما (١) . ولكن كثيراً ما يتم التباين بطريق النجاسة : إما هو الباطن

13-44

Abstract

١٩ - لا بد من التمسك بالقبول في المراجعة العامة في كل سنة ، ولما يتقرر في
الاجتماع في المراجعة في كل سنة ، فليس يتقرر في كل سنة ، ولما يتقرر في
بين غائبين ، فيتم العقد في الزمان والمكان الذي يصل فيهما القبول إلى علم
الموجب (٢) ، ويعتبر وصول القبول إلى المخرج قرينة على علمه به إلى أن يثبت
العكس . وقد بسطنا القول في مكان ذلك في النظرة العامة في كل سنة ، فليس
هذه النظرة العامة في كل سنة ، بل هي نظرة عامة في كل سنة .

(٩) راجع حالات ارض مينا كدروث بياح فيما تسمى من صاحب فلايتروم وفسده مثل
فك نزع ملكية ارضه وفاء لدين من صاحب ونزع الملكية المطلقة العامة (بلانيول وريير
ومارش ١٠ قتره ٢٢٤)

(٢) استئناف وطني ٢٥ مارس سنة ١٩١٢ المحقوق ٢٨ ص ٢٢٨ - استئناف قنصل
٢ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠ .

(٢) فيجوز التعبير عن البيع والشراء باللفظ والكتابة والإشارة والسكوت ، ويكون التعبير صريحاً أو ضمنياً . ويجوز المدول من الإيجاب قبل أن يرتبط به القبول ، إلا إذا عين في الإيجاب ميعاد لقبوله فيلزم الموجب البقاء على إيجابه طول هذا الميعاد . وإذا مات من صدر منه القبول أو فقد أهليه قبل أن يصل القبول إلى الموجب ، فإن ذلك لا يمنع من أن يتم البيع إذا وصل القبول إلى علم الموجب . فهذه الأحكام جميعاً وغيرها من الأحكام التي سبق أن أوردناها في نظرية الالتزام بوجه عام في صدد العقد تسرى على البيع كما تسرى على العقود الأخرى ، فيرجع في ذلك إلى الجزء الأول من الوسيط حيث ذكرت هذه الأحكام تفصيلاً .

وقد يكون البيع صورياً ، وقد بحثنا الصورية في الجزء الثانى من الوسيط ، فنحيل إلى ما قدمناه فى ذلك .

وقد يسبق البيع مرحلة تمهيدية ، وهذه هى الوعد بالبيع والبيع الابتدائى والبيع بالعربون .

وقد بتقابل المتبايعان البيع بعد أن أبرماه ، والتقابل عقد جديد يفسخ البيع الأول . وقد أشرنا إلى أحكام التقابل فى النظرية العامة للعقد فى الجزء الأول من الوسيط .

والذى نقف عنده هنا مسألتان نطبق فىهما القواعد العامة لنظرية العقد على عقد البيع بالذات :

(١) تطابق الإيجاب والقبول ، من ناحية العناصر التى يتم فيها هذا التطابق ، ومن ناحية بعض الصور العملية للإيجاب والقبول ، ومن ناحية شكل البيع وطرق إثباته وقواعد تفسيره .

(٢) الوعد بالبيع والبيع الابتدائى والبيع بالعربون .

٩ - تطابق الإيجاب والقبول

٢٠ - العناصر التى يتطابق فيها الإيجاب والقبول : كانت المادة ٥٥٧

من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد تجرى على الوجه الآتى : « يتم البيع برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء ، وباتفاقهما على المبيع والتمن » . وهذا النص مأخوذ من المادة ٢٣٦ / ١ من التقنين المدنى السابق ، وكانت تنص على أنه « لا يتم البيع إلا إذا كان برضاء المتعاقدين أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع وثمرته » . ولما تلى نص المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، قررت هذه اللجنة حذفه ، لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤ - ص ١٥ فى الهامش . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : « النص مطابق للتقنين المصرى الحالى (السابق) ٢٣٦ / ٣٠١ . وهو إن كان مجرد تطبيق للقواعد العامة ، إلا أنه يرمى إلى »

فيجب إذن أن يتفق المتعاقدان على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه ، وهو البيع . فلو قصد أحدهما رهناً وقصد الآخر بيعاً ، بأن قال صاحب الدار للمتعاقد الآخر خذ هذه الدار وأعطني ألفاً ونقصد أن يرهنها بهذا المبلغ ، وقبل الآخر هذا الإيجاب مستنداً أن صاحب الدار يبيعها لا يرهنها ، فإن الإيجاب والقبول لم يتطابقا لا على البيع ولا على الرهن ، فلا يوجد بيع ولا رهن .

وينبغي أن يتفقا على الشيء المبيع ، فلو كان للبيع داران وعرض على شخص أن يبيعه إحداهما فظن هذا أنه يبيع الدار الأخرى فقبل شراءه لم يتم البيع ، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع فقد قصد البائع أن يبيع داراً وقصد المشتري أن يشتري أخرى .

وينبغي أخيراً أن يتفقا على الثمن ، فلو طلب البائع في الدار ألفاً ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا بتسعمائة لم يتم البيع لأن المتبايعين لم يتفقا على الثمن (١) .

في غرضين : (أولاً) أن يمهّد بذكر المبيع والثمن لإيراد النصوص الخاصة بكل من هذين الركنين . (ثانياً) أن يبين أن البيع عقد رضائي لا يشترط في تمامه تسجيل ولا كتابة . وقد نصت المادة ٣٨٨ من قانون المبيعات والمقود السابق على أنه لا يتبرن البيع تماماً إلا إذا اتفق المتعاقدان على نوع العقد وعلى المبيع والثمن . ونصت المادة ٣٧٣ من نفس القانون على أن « صحة البيع تتوقف على اتفاق المتعاقدين على ماهية العقد وعلى المبيع والثمن والشروط العامة لصحة المبيعات المدنية » .

(١) نقض مدني ٩ يولييه سنة ١٩٤٩ مجموعة غمر ٥ رقم ٤٢٣ ص ٧٩٧ - ويعرض اتفاق ألفرفني منفي أن يوتييه لغرض بعيد التوقع في العمل : يطلب البائع في الدار ألفاً ويقبل المشتري أن يشتريها بألف ومائتين ، فهل يكون هناك اتفاق على الثمن ؟ يدفع بوتييه إلى أن المشتري وقد رضى أن يشتري بألف ومائتين يكون راضياً دون شك أن يشتري بألف ، فيتم البيع على ألف (بوتييه في البيع فقرة ٣٦ - بودري وسيبيا فقرة ٢١ ص ١٥) . وإذا قيل إن البائع وقد رضى أن يبيع بألف يكون راضياً دون شك أن يبيع بألف ومائتين فلم لا يتم البيع على ألف ومائتين ، أمكن رد هذا الاعتراض بأن الحل الأصح للملزم بالثمن - هو المشتري - هو الحل الذي يؤخذ به ، فيتم البيع على ألف لا على ألف ومائتين . ونصت المادة ١٧٨ من مجلة الأحكام العدلية على أنه « تكن موافقة القبول للإيجاب ضماناً ، فلو قال الساع المشتري بمثل هذا المال بألف قرش ، وقال المشتري اشتريت منك بألف وخمسمائة ، انعقد البيع على الألف ، إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس نزم المشتري حينئذ أن يعطيه خمسمائة انقرش التي زادها أيضاً وكذا لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش ، فقال البائع بمثل هذا المال بنمقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف » .

وإذا كان اتفاق المتبايعين على البيع والمبيع والثمن ضرورياً ليتم البيع ، فهو أبصاً كاف ، ولا ضرورة لتمام البيع لأن يتفقا على أكثر من ذلك (١) . فيتم البيع

== ونفرض فيما قدمناه أن المشتري وقت أن زاد في الثمن أو أن البائع وقت أن نقص فيه قد وقع في غلط . لكن قد يحدث أن المشتري يبدأ بعرض ثمن معين ، ويأبى ضمير البائع أن يسايره في هذا الثمن ، فيقبل البيع بثمن أقل هو الثمن العادل في نظره ، فهذا يكون إيجاب المشتري قد عارضه قبول البائع فيعتبر قبول البائع إيجاباً جديداً (م ٩٦ مدني) ، وبمعتبر سكوت المشتري والإيجاب الجديد نافع له بضعاً محضاً قبولاً لهذا الإيجاب الجديد ، فيتم البيع على الثمن الأقل . وإذا بدأ البائع بطلب ثمن ، فأبى ضمير المشتري إلا أن يزيد في الثمن ، فقبل المشتري الشراء بالثمن الأكبر إيجاب جديد يقبله البائع بسكوته ، فيتم البيع على الثمن الأكبر (أنظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان عيسى فقرة ٣٢) .

والعبرة بنية المتعاقدين ، وتستخلص انية من القرائن في كل من اللغة العربي والفقه الإسلامي .
- في الفتاوى الخانية ورجل مارم رجلا بثوب ، فقال البائع أبيعك بخمسة عشر ، وقال المشتري لا آخذه إلا بعشرة ، فذهب به ، ولم يقل البائع شيئاً . فهو بخمسة عشر إن كان المبيع في يد المشتري حين سلومه ، وإن كان في يد البائع فأخذه منه المشتري وباعه البائع فهو بعشرة . ولو كان في يد المشتري وقال لا آخذه إلا بعشرة وقال البائع لا أبيعك إلا بخمسة عشر ، فردّه عليه المشتري ، ثم تناوله من يد البائع فدفعه البائع إليه ولم يقل شيئاً ، فذهب به المشتري ، فهو بعشرة . (شرح المجلة لسليم باز م ١٧٨ ص ٨٣) .

(١) استئناف وطني ٣ نوفمبر سنة ١٨٩٢ الحقوق ٧ ص ٢٨٥ - استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

وفي صدد توافق الإيجاب والقبول في البيع قضت محكمة الاستئناف المختطة بأن البيع يتم بتوافق الإيجاب والقبول على المبيع والثمن (٢٠ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٢ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٩ - ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٦٨) ، فلا البيع يتم إذا امتنع أحد المتبايعين من قبول العقد كاملاً (٢٤ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٩٢ - ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٤ - ٢ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٥ - ١٣ مايو ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٩٢ - ١٠ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١٩٨ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣١٩) . ويجوز يعني عن توقيع فلشترى على عقد البيع طلبه التسجيل أو قبضه للعين المبيعة أو تصرفه في المبيع مستنداً إلى عقد البيع (٤ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢٢ - ٢٣ إبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٥١ - ٢١ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢١٠ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٤٨ - أول نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١٠ - ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦ - ٢٧ يناير ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣١ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٠ - ولكن قارن ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٧٢ - ١٤ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٤ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٣) . وقضت محكمة الاستئناف المختطة أيضاً بأن البيع المرنج عليه من البائع موعده يلزمه ويجوز للمشتري إجباره على تسليم المبيع ، ولكن هذا البيع لا يكون ==

أذن حتى لو صكت المتبايعان من تمديد وقت تسليم البيع ، أو من تمديد وقت دفع الثمن ، أو عما إذا كان الثمن المؤجل ينتج فوائد أو لا ينتج ، أو عن ملتزم بدفع مصروفات البيع ، أو عن غير ذلك من المسائل . فما دام المتبايعان قد اتفقا على البيع والمبيع والثمن فقد تم البيع (١) ، ويكون المبيع واجب فوراً ، ويكون الثمن واجب الدفع في الحال ، وإذا كان الثمن مؤجلاً ولم يتفق على فوائد

== نافذاً في حق الذير حتى لو سجل (٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٤ م ٧ ص ٥٦-٢٢ يناير سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٩٩ - وى حكم يكون نافذاً في حق الذير لو سجل ٢٠ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٤٥) . ولا يجوز الاحتجاج بعدم توقيع المشتري على عقد البيع إذا من له مصلحة من ذلك كالمشتري عن البائع أو دائن مرتهن (١٥ يناير سنة ١٨٩٦ م ٢ ص ٧٤ - ١٩ مايو سنة ١٨٩٧ م ٢ ص ٢٤٨) . ونقض محكمة الاستئناف المختلة أيضاً بأن إيراد إرسال كتاب من صاحب الدالة بعرض سلته لا يكون إلا إيجاباً غير مقبول بقبول الطرف الآخر (١٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٦٤) وبأن مداونات مجلس إدارة الشركة لتوزيع أرباح الشركة من أرباح البيع لا تعتبر إيجاباً (٢٤ يونيو سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ١٢٠) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا وافق المتبايعان على البيع في مبادئ البيع والموقع عليهما من الذي عليه ، والخصم التزام الموانع بأن يبيع ما هو له من المبادئ أو ما وأوصافه فيما ومقدار ذلك نوع ، وثمة ونشمل كل البيانات اللازمة للمبايعين أو كان عقد البيع ولو أنها مذيلة ببسالة ، وهذا ليس تحريراً بشرط ، ثم عرضت لتنفيذ هذا الاتفاق فأتت أن نية المتعاقدين فيما يتعلق ببيان شروط البيع من تسليم المبيع ودفع ثمنه قد توضححت من الطريقة التي بينها في حكمها وقالت : إنها اتبعت أطوال مدة تنفيذ هذا العقد ، فإنها إذ استظهرت توافر أركان التعاقد من التمهيد المأخوذ من البائع ومن تنفيذه جزئياً ، وإذا استكمل شروط الاتفاق من العناصر الأخرى القائمة في الدعوى ، تكون قد استخلصت ذلك ما يقتضيه ، فلا يصح مناقضتها فيه أمام محكمة النقض لتعلقه بسلطة محكمة الموضوع في تقرير الوقائع (نفذ ١٢ مايو

سنة ١٩٤٢ مجرعة عمر ٤ رقم ٢٧ ص ١٥٤) . وقضت من جهة أخرى بأن متى كان الإلتزام على تكييفه صريحاً في الإفصاح عن قبول المبيع بالشروط التي أرفقها ، وكان المتمسك بهذا الإقرار يالزع في انعقاد البيع على أساس هذه الشروط ، فلا يمكن مع هذا القول بتلاني الإيجاب والقبول اللازمين لانعقاد البيع ، واختلاف الطرفين على مساهمة المبيع وسنوده يجعل البيع غير منقذه لعدم الاتفاق على الغير . وقضت (نقض على ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجرعة أحكام النقض ١ رقم ٥٦ ص ٢٠٤) . وقضت بأنه إذا أدرع عقد البيع والثمن أثناء عقد البيع ، وقرر الأجنبي أن السبب في الإلتزام هو أن البائع كان يبيع نفسه المبيع المخصص لغيره والشروط ألا يكون هذا البيع الثاني بانياً إلا بعد التنازل عن البيع الأول ، كوفد البيع الثاني بأنه مبيع حقيقي على شرط واقف ، غير المتنازل عن البيع الأول (نقض على ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجرعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٦ ص ١٨٥) .

لم تستحق الفوائد إلا في حالات خاصة ، وإذا لم يعرض المتبايعان لمن يلتزم بدفع مصروفات البيع فالمصروفات على المشتري . فها نحن نرى أن هذه المسائل التي لم يعرض لها المتبايعان قد تكفل القانون بحلها ، ولا يجوز بعد أن تم العقد على النحر الذي قدمناه لأحد من المتعاقدين أن يعدل عنه دون رضا المتعاقد الآخر (١) .

ولكن إذا عرض المتعاقدان لشيء من هذه المسائل - ميعاد تسليم المبيع أو ميعاد دفع الثمن الخ - ولم يتفقا على مسألة منها ، فإن البيع لا يتم ، لأنها عرضا للمسألة ولم يتفقا عليها . وكذلك الحكم إذا احتفظ أحد المتبايعين بمسألة للاتفاق عليها فيما بعد ، فاحتفاظ المتعاقد بمسألة دليل على أنه قصد ألا يتم البيع إلا بعد الاتفاق عليها . ومع ذلك فقد نصت المادة ٩٥ مدني على أنه إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد ، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة (٢) .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً في الجزء الأول من الوسيط (٣) .

وسبق كذلك بيان أن الأصل في الإيجاب ألا يكون مازماً ، ويجوز للموجب الرجوع عنه إلى أن يلتقي به القبول . ولكن إذا مات من صدر له الإيجاب أو فقد أهليته بعد صدور القبول منه ، فإن ذلك لا يمنع من تمام البيع عند اتصال القبول بعلم الموجب ، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل (٤) .

(١) وقد نصت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من وقائع الدعوى التي أوردتها الحكم أن رغب الشراء بعد أن قبل عرض البائع قد بادر إلى المطالبة بـ " صفقة " ووجه في الوقت المناسب إذاراً للبائع بتكليفه الحضور لتحرير العقد الرسمي ، وانتهى الحكم رغم ذلك إلى القول بأن المشتري عدل عن الصفقة ، ولم يدعم قضاءه بذلك بأدلة من شأنها أن تؤدي إليه ، بل كان كل ما قاله لا يبرر ما خلاص إليه ، فإنه يكون معيأ متعيأ بنفسه . نقض مدني ١٤ يوبيه سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٦٧ ص ٧٢٩ .

(٢) مثل ذلك الاحتفاظ بمسألة تعيين من يتحمل من المتبايعين مصروفات تخزين المبيع المدة التي تلي فيها مخزوناً ، فعدم الاتفاق عليها بعد ذلك لا يمنع من تمام البيع ، وتعين المحكمة المتعاقد الذي يتحمل هذه المصروفات طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة .

(٣) الوسيط ١ فقرة ١١١ .

(٤) م ٩٢ مدني - الوسيط ١ فقرة ٨٢ .

٢١ - صور عملية البيع الإجباري : قد يتخذ الإيجاب صوراً عملية مألوفة ، فتعتمد المتاجر إلى عرض سلعتها عن طريق النشرات والإعلانات و« الكناالوجات » وغيرها من وسائل الدعاية ، وتضع بياناً تفصيلياً لما تتجر فيه من السلع ، وتذكر أمام كل سلعة ثمنها . وقد يعتمد المتجر إلى عرض عينات من السلع التي يبيعها على الجمهور في واجهة المكان الذي يتجر فيه ، ويضع إلى جانب كل سلعة منها بياناً بالثمن الذي يبيعها به (١) .

كل هذه صور عملية للإيجاب أصبحت الآن مألوفة في التجارة ، والخصصة التي تشترك جميعاً فيها هي أن الإيجاب موجه لغير شخص معين بالذات ، إذ هو موجه للجمهور في مجموعه دون تمييز بين شخص وآخر . ومع ذلك يعتبر هذا إيجاباً صحيحاً ، لأن الموجب لا يمينه شخص من يوجه إليه الإيجاب ، ولا يمينه إلا أن يبيع سلعته لأي شخص يتقدم لشراؤها بالثمن الذي حدده لها . ومن ثم إذا تقدم أي شخص من جمهور الناس إلى المتجر ، وقبل أن يشتري السلعة المينة في النشرة أو في الإعلان أو الكالوج أو الموضوع في الواجهة بالثمن المحدد لها ، كان هذا قبولاً صحيحاً لإيجاب قائم ، ويتم عقد البيع على هذا الوجه بتطابق الإيجاب والقبول . ولا يستطيع صاحب المتجر أن يرفض ، بعد أن تم العقد على هذا الوجه ، تسليم السلعة للمشتري .

على أن هذا الحكم نرد عليه القيود الآتية :

١ - عرض السلع على الجمهور عن طريق النشرات والإعلانات و« الكناالوجات » يكون في الغالب دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً كاملاً ، فإذا تقدم شخص إلى صاحب المتجر وطلب منه أن يبيع له سلعة من السلعة المينة في نشرة أو إعلان أو كنالوج ، غير موجه إليه شخصياً ، كان هذا إيجاباً من صاحب

(١) وقد جاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا الصدد : « ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود . عرض التاجر لبضائعه على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ، ووقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المدة لذلك عرض صريح على الجمهور ، ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان أو آلة لبيع الحلوة أو لتوزيع طابع البريد أو نحو ذلك ، كل هذا يعد تعبيراً صريحاً ، (الوسيط ١ فقرة ٧٦ ص ١٧٦) .

السلعة لا قبولاً ، وبصدر القبول بعد ذلك من صاحب المتجر ، ولكن لا يجوز له أن يرفض القبول بعد أن دعا إلى شراء سلعته إلا إذا استند إلى ذلك إلى أسباب مشروعة (١) . أما إذا كانت النشرة أو الإعلان أو الكatalog قد أرسل إلى شخص بالذات بعنوانه الشخصي ، وقد قصد صاحب المتجر أن يوجه إليه إيجاباً ، فإن هذا يعتبر إيجاباً كاملاً ، فإذا استجاب له من وجه إليه كان هذا قبولاً وتم البيع ، ولا يستطيع صاحب المتجر بعد ذلك أن يرجع في تعاقدته . وكذلك عرض السلعة في واجهة المكان مصحوبة ببيان ثمنها يعتبر إيجاباً لا مجرد دعوة للتعاقد ، بالرغم من أن الإيجاب هنا موجه للجمهور لا لشخص معين بالذات ، فإذا قبل شخص هذا العرض كان هذا قبولاً وتم البيع . أما إذا كانت السلعة غير معروضة في واجهة المكان ، بل كانت داخل المتجر مصحوبة ببيان ثمنها . وكان دخول المتجر مباحاً للجمهور كما هي العادة ، وعرض صاحب المتجر على العميل سلعته وقد بين عليها ثمنها ، اعتبر هذا إيجاباً منه إذا قبله العميل

(١) وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى حذف اكتفاء بتطبيق القواعد العامة ، فكانت المادة ١٣٦ من هذا المشروع تنص على أنه « يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفض ، ما لم يكن قد دعا إليه فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ - ص ٤٦) . وجاء في الجزء الأول من الوسيط في هذا السند : « والتطبيقات العملية لهذا النص كثيرة متنوعة . فهناك طوائف من الناس تستحث غيرة على الإيجاب وتدعوهم إليه ، كالجار في البساتين والإعلانات وتقاويم الأسعار التي يوجهونها إلى الجمهور ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يعرضون أبوابهم لطاري ، وكأرباب الصناعات يدعون العمال إلى العمل في صناعاتهم . فإذا استجبت هذه الدعوة إلى التعاقد ، كانت الإجابة إيجاباً يمتاز عما عداه من غير إيجاب لأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفض غير أسباب مشروعة . وقد عكست المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا المبدأ المبدئي : « وليس هذا الأثر القانوني إلا نتيجة الحالة التي أنشأها صاحب الدعوة ، بل وتطبيقاً من تطبيقات مبدأ جامع هو مبدأ إساءة استعمال الحق ، أو التمسك في استعماله . على أن الإساءة في هذا القرضي ترد على مجرد إساءة من الشخص ، وهذه خصصرية تستلزم الانتباه . وقد تعدد الشرح لأعمال تعيين الجزاء الذي يترتب على الرفض التمسك . مثل هذا الرفض يترتب مسؤولية لأشياء منها . فربما أن يقتصر التمييز على صالح من المال ، إذا كان هذا الجزاء كافياً . ويجوز للقاضي في بعض القروض أن يذهب إلى ما هو أبعد ، فيعتبر أن العقد قد تم على مبدل التمسك إذا كان في الظروف ما يوجب ذلك : مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ ، في الخامس ، (الوسيط ١ ص ٢١٦ - ٢١٧) .

ثم البيع ، أما إذا لم يبين على السلعة الثمن ، أو كانت هناك بيانات عن الثمن لا يستطیع العميل إدراك معناها وقد قصد بها أن ترشد صاحب المتجر إلى تحديد الثمن ، فإن عرض السلعة على العميل في هذه الحالة لا يعتبر إيجاباً ، بل يجب أن يبين صاحب المتجر ثمن السلعة حتى يقوم الإيجاب .

٢ - في الحالات التي يقوم فيها الإيجاب من صاحب المتجر ، وبخاصة عن طريق النشرات والإعلانات والكتالوجات ، يكون المفروض أن صاحب المتجر بعرض سلعته ما يتي عنده منها شيء . فإذا نفذت السلعة ، ثم أتى عميل بعد ذلك يطلبها ، كان لصاحب المتجر أن يعتبر نفاد السلعة بمثابة رجوع منه في الإيجاب جرى العرف أن ينتج أثره من غير حاجة إلى إعلانه (١) ، فلا يكون التاجر ملزماً باجابة العميل إلى طلبه .

٣ - الإيجاب الذي يقوم على هذا الوجه قد يحدد له ميعاد يتي فيه قائماً ، فإذا انقضى الميعاد سقط الإيجاب من تلقاء نفسه . أما إذا لم يحدد ميعاد ، فالمفروض أن صاحب المتجر إنما قصد أن يفرم إيجابه في خلال مدة معقولة تحدد حسب ظروف المتجر ونوع البضاعة والمألوف في التجارة . فإذا تقدم عميل بعد انقضاء هذه المدة ، لم يكن التاجر ملزماً باجابته إلى طلبه .

٤ - إذا لم يكن عند صاحب المتجر شيء من السلعة وقت أن أصدر إيجابه على النحو السابق ، فليس ذلك مبرراً إلى أنه لا يجب أى عميل إلى ما يطلب ، وإلا كان الإيجاب الذي أصدره لا معنى له . وإنما هو أراد بإيجابه أن يتعهد لمن يطلب السلعة بأن يوردها له في وقت مناسب . فما دامت المدة المعقولة لقيام الإيجاب لم تنقض ، كان لأى عميل الحق في طلب السلعة بالثمن المحدد ، وعلى صاحب السلعة توريدها له في وقت مناسب بهذا الثمن ، وليس له أن يمنج بأن السلعة لم تكن عنده ليكون حكمها حكم السلعة التي نفذت (٢) .

هذا وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل في هذا الصدد

(١) أو يقال إن الإيجاب يقوم ما دامت السلعة موجودة عند التاجر ، فإذا نفذت سقط الإيجاب من تلقاء نفسه .

(٢) أنظر في كل ما تقدم من القيود بودرى وسبينا فترة ٤٦ - فقرة ٥٥
(الوسيط - م ٤)

على النص الآتي (م ١٤٣ من المشروع) : ١٥ - يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارية التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد ، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض (١) . فحذفت لجنة المراجعة هذا النص لعدم الحاجة إليه ، إذ يسهل على القضاء تطبيق هذا الحكم دون نص عليه (٢) .

٢٢ - شكل عقد البيع : ويخلص مما تقدم أن عقد البيع ليس له شكل

خاص ، فهو ليس بعقد شكلي ، بل هو عند رضائي . فتنى تم الاتفاق على البيع والمبيع والتمن ، فقد تم البيع ، دون حاجة إلى ورقة رسمية بل ولا إلى ورقة . فجرد تطابق الإيجاب والقبول يكفي ، شأن البيع في ذلك شأن كل عقد عردي التراضي (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في العدد ٥٠ وقد تقدم في الفقرات الثانية من المادة ١٣٤ من المشروع أن النشرات والإعلانات وقوائم الأسعار التي يجري التعامل بها وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد تعتبر في الأصل دعوة لحث الناس على الإيجاب . فليس ينصرف حكم النص في الصورة التي يواجهها إلى الإيجاب النهائي الملزم الذي ينقلب إلى ارتباط تعاقدى متى اقترن به القبول ، وإنما ينصرف هذا الحكم إلى مجرد الدعوة للتقدم بالإيجاب والاستجابة لهذه الدعوة هي التي تعتبر إيجاباً نهائياً ملزماً ، يمتاز عما عداه من ضروب الإيجاب بأن من وجه إليه لا يجوز له أن يرفضه لغير سبب مشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٥ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤١ في الهامش - الوسيط ١ ص ١٧٦ هامش رقم ١ .
(٣) استئناف وطني ١٥ مايو سنة ١٨٩٣ الحقوق ٨ ص ١٩٧ - ٤ مايو سنة ١٩٠٥
تقلال ٤ ص ٥٢٦ - ٣١ فبراير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١٠٥ ص ٢٠١ -
استئناف مختلط ٢ يونيو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٦٢ .

وتنص المادة ٣٧٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه « يجوز أن يكون البيع خطياً أو شفهاً مع مراعاة القواعد الموضوعية لبيع الأموال الثابتة » . وكان التقنين المدني المصري السابق ينص صراحة على رضائية عقد البيع ، فكانت المادة ٢٣٧ وطني على أنه « يجوز أن يكون البيع بالكتابة أو بالشفاهة » ، وتناولها المادة ٣٠٢ مختلط : « البيع يجوز أن يكون بالكتابة بسند رسمي أو غير رسمي » ، والمادة ٣٠٢ مختلط : « البيع يكون بالشفاهة أو بالإشارة » . هذا ولم ينص قانون التسجيل في العقار من رضائية البيع ، فسرى أن بيع العقار لا يزان عقداً رضائياً والتسجيل ليس ضرورياً إلا لنقل الملكية . .

هل أنه قد بنص القانون في بعض حالات استثنائية على شكل معين لأبواب خاصة من البيوع ، وذلك كييع السمنة وبيع براءات الاختراع والعلامات التجارية (١) .

وقد يتفق الطرفان على أن يكتب بالبيع ورقة رسمية أو ورقة عرفية . وهذا الاتفاق يمكن أن يقصد به أحد أمر ثلاثة :

(الأمر الأول) أن يكون المتبايعان قد أرادا باتفاقهما هذا بيعاً كاملاً باتاً ، وإنما اتفقا على أن يعدا ورقة رسمية أو ورقة عرفية كدليل لإثبات هذا البيع . إمعاناً منهما في الحصول على وسيلة قوية للإثبات . ويسمى هذا الاتفاق بالعقد الابتدائي ، وحقيقته أنه بيع كامل يؤخذ فيه بالشفعة ، وإذا مات أحد المتبايعين قبل إعداد الورقة المتفق عليها كانت الورثة باعتبارهم ممثلين للتركة ملتزمين مكانه بالمساهمة في إعداد هذه الورقة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى عند الكلام في العقد الابتدائي . ولا يكون البيع الابتدائي في هذه الحالة عقداً شكلياً ، بل يبقى عقداً رضائياً ، أما البيع النهائي فيكون عقداً شكلياً بموجب الاتفاق . فإذا امتنع أحد الطرفين من المساهمة في إعداد الورقة المتفق عليها أمكن الطرف الآخر إجباره على ذلك قضاءً ، بأن يحصل على حكم بثبوت البيع منذ الاتفاق الأول ، ويحل الحكم محل الورقة العرفية أو الرسمية المتفق عليها .

(الأمر الثاني) أن يكون المتعاقدان قد قصدا باتفاقهما مجرد وعد بالبيع ، وأن البيع لا يتم إلا عند كتابة الورقة العرفية أو الرسمية . وقد يكون هذا الوعد من جانب أحد الطرفين ، أو من جانب كل من الطرفين فإذا أحل الواعد

(١) وقد نصت المادة ٣ من قانون التجارة الحرة على أن « بيع السفينة كلها أو بعضها اختياريًا يلزم أن يكون بشفعة رسمية ، سواء حصل قبل السفر أو من أثناءه ، وإلا كان البيع لاغياً » .

وإذا كان الثمن إيراداً مرتباً ، لم ينقذ البيع إلا بالكتابة فيكون عقداً شكلياً ، وقد نصت المادة ٧٤٣ مدني على أن « العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً » . وتقضي المادة ٢٧/٢ من القانون رقم ٢٥٤ لسنة ١٩٥٤ بأن كل تصرف يرد على حق المؤلف في استغلال مصنفه لا ينقذ إلا بالكتابة ، وقد يكون التصرف في المصنف بيعاً فيكون البيع في هذه الحالة شكلياً .

وتعتبر بيعاً شكلياً البيوع الجبرية وبيع عقار القاصر والغائب .

الزامه ولم يساهم في إتمام البيع بكتابة الورقة المتفق عليها ، أجبره الطرف الآخر
 تنفيذ الزامه عينا بالحصول على حكم يقوم بمقام عقد البيع . والبيع في هذه
 الحالة يكون شكلياً لا يتم إلا بكتابة الورقة المتفق عليها أو بالحكم الذي يصدر
 لإجراء البيع ، ولا يعتبر الحكم وجوداً إلا من وقت كتابة الورقة أو من وقت
 صدور الحكم ، بخلاف الحالة الأولى فقد رأينا أن البيع يكون موجوداً من وقت
 الاتفاق الآن .

(الأمر الثالث) أن يكون الطرفان لم يقصدا لا بيعاً كاملاً باناً كما في الحالة
 الأولى ، بل ولا مجرد وعد بالبيع كما في الحالة الثانية . وإنما قصدوا إعداد
 مشروع للبيع بحدود شروطه مبدئياً ، على أن يتم البيع بعد ذلك بكتابة الورقة
 العرفية أو الرسمية . وفي هذه الحالة لا يكون هذا المشروع ملزماً لأحد منهما ،
 ويستطيع كل منهما الامتناع عن إبرام البيع ولا يجوز للطرف الآخر إجباره
 على ذلك عن طريق القضاء . فإذا ما قبل الطرفان إبرام البيع بعد ذلك عن طريق
 كتابة الورقة المتفق عليها ، فإن البيع يتم ولكن من وقت كتابة الورقة ، ويكون
 شكلياً في هذه الحالة (١) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧ - وانظر أيضاً لوران ٢٤ فقرة ١٢٨ -
 جيوار ١ فقرة ٩ - بودري وسينيا فقرة ١٨٨ - وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد
 يتضمن نصاً يقضى ، إذا اشترط المتعاقدان الكتابة ، بأن يفترض عند الشك أنهما قصدوا ألا يتم
 العقد إلا بالكتابة ، فتكون الكتابة شكلاً لا مجرد طريق للإثبات . ولكن لجنة المراجعة حذت
 هذا النص لإمكان الاستثناء عنه ، فيرجع إذن في كل حالة إلى قصد المتعاقدين ، وهل أرادا
 الشكل أو طريق الإثبات . وما هي قيمة الاتفاق الابتدائي الذي أبرماه هل هو بيع كامل أو وعد
 بالبيع أو مجرد مشروع غير ملزم .

وتنص المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي على أن البيع " يمكن حصوله بعقد رسمي
 أو بعقد عرفي " . وكان أصل المادة : " بيع المقاربات يجب أن يحصل بالكتابة ، ويمكن حصوله
 بعقد رسمي أو عقد عرفي " . ولكن حذف شرط الكتابة في بيع المقاربات ، وبقيت المادة بعد
 حذف هذا الشرط ، فأصبحت توهم أن البيع تلزم فيه الكتابة . والتفسير الصحيح لهذا النص
 أن للتبايعين كتابة ورقة رسمية أو ورقة عرفية إذا أرادا تحرير العقد ، أما البيع ذاته فيتم بمجرد
 التراضي (لوران ٥ فقرة ١٢٦ - فقرة ١٢٧ - جيوار ١ فقرة ٧ - أوبري ورو ٥ ص ٢٨
 هامش رقم ١ مكرر - بودري وسينيا ٧ فقرة ١٨ وفقرة ١٨٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧
 ص ٢٥ وهامش رقم ١) .

٢٣ - إثبات عقد البيع : عقد البيع يثبت طبقاً للقواعد العامة في الإثبات .
وتعتبر قيمة البيع بمقدار الثمن ، فإذا بيعت دار بألف كان التزام البائع بنقل ملكية الدار قيمته ألف لأن الدار قومت بهذا المقدار (١) . وكان التزام المشتري بدفع الثمن قيمته ألف بطبيعة الحال .

ومن ثم يثبت عقد البيع بالينة أو بالقرائن إذا كان الثمن لا يزيد على عشرة جنيهات (٢) . فإذا زاد الثمن على هذا المقدار ، أو كان غير معارم القيمة بأن كان إراداً مرتباً مدى الحياة مثلاً ، لم يجوز إثبات البيع إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها طبقاً للقواعد العامة (٣) . ويقوم مقام عقد البيع الحكم النهائي القاضي بوقوع البيع وصحة التعاقد (٤) .

٢٤ - تفسير عقد البيع : عقد البيع ، كسائر العقود ، تجرى عليه القواعد العامة في تفسير العقد .

فإذا كانت عبارات البيع واضحة ، لم يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها

(١) وهذا بخلاف حوالة الحق ، فقد يباع حق معروف المقدار بشئ أقل ، فيكون التزام الحيل قيمته أكبر من قيمة التزام المحال (الوسيط ٣ فقرة ٢٦٢) .
(٢) أو كان البيع تجارياً ، وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفا النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة إن هي أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المبيعة ، وذلك لأن الإثبات في المواد التجارية حائز بكافة طرق الإثبات (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٨ من ٤٥٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بالقرائن لتصدير الصناعة للمشتري وتسليمها إياه (٢٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ من ٣٢٦) ، وقضت أيضاً بأنه يجوز إثبات البيع التجاري بفاتورة صادرة من السانع ومقبولة من سمسار المشتري (٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ من ١٢١) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا قدم المشتري إيصالاً بالثمن بتوقيع البائع ، عد الإيصال مبدأ ثبوت بالحكمة يبيع إثبات مساحة الأرض المبيعة وحدودها ووقوع البيع باناً بالينة (١٥ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٥ من ٨٩) .

(٤) استئناف مختلط سنة ١٨٩٩ م ٨ من ٢٥٢ - وقد كانت المسألة الأخيرة من المادة ٢٣٧/٢٠٣ من التقنين المدني السابق تنص صراحة على تطبيق القواعد العامة في الإثبات فتقول : « إنما في حالة الأفكار تتبع القواعد المقررة في القانون بشأن الإثبات » .

للتعرف على إرادة المتبايعين (م ١/١٥٠ مدني) . ففي تفسير الشروط الظاهرة لا تجيز محكمة النقض لقاضي الموضوع أن ينحرف عن معناها الظاهر إلى معنى آخر ، ويعتبر الانحراف عن عبارة العقد الواضحة تحريفاً لها ومسحاً وتشويهاً مما يوجب نقض الحكم .

أما إذا كانت عبارات البيع غير واضحة ، وجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (م ٢/١٥٠ مدني) . ويستلزم للقاضي ، للكشف عن هذه النية المشتركة ، بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

وإذا قام شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين ، فسر عقد البيع بما فيه مصلحة الملتزم ، البائع أو المشتري ، فإن كلا منهما ملتزم بعقد البيع (م ١/١٥١ مدني) . أما التقنين المدني الفرنسي فقد نصت المادة ٢/١٦٠٢ منه على أن « الشروط الغامضة في عقد البيع تفسر لمصلحة المشتري وضد البائع » ، أي سواء كان البائع هو الدائن أو المدين (١) .

وإذا كان البيع من عقود الإذعان ، فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فيه ضاراً بمصلحة الطرف المدعى (م ٢/١٥١ مدني) . ففي التعاقد مع شركة المياه وشركة النور وشركة الغاز يكون العميل مشترياً للمياه والتدفئة والغاز بشروط أمتها عليه الشركة ، ولا يستطيع هو إلا أن يدعى لها . فإذا كان ذلك غموض في التزامات الشركة ، فسر هذا الغموض ، لا لمصلحة الشركة المدينة كما كانت القواعد العامة تقضي فيما قدمناه ، بل لمصلحة العميل إذ هو للطرف المدعى (٢) .

(١) وقد أورد الفقه الفرنسي على هذا النص قديماً . أحدهما أنه لا يرى إلا إذا أموز القاضي قواعد أخرى لتفسير عقد البيع ، والقيد الثاني أنه لا يرى إلا في تفسير الشروط الطيبة المألوفة في عقد البيع فإذا وضع المشتري شروطاً استثنائية لمصلحته وجب الرجوع إلى القواعد العامة وتفسير هذه الشروط لمصلحة البائع (أوبري ورو ٥ - فقرة ٣٥٣ هامش رقم ٢ - بودري وسينيا فقرة ٢٨١ - بلانجول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨) . ومنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (انظر فقرة ٢٢٥ في الهامش) .

(٢) انظر في مسألة تفسير العقد الوسيط ١ فقرة ٢٨٦ - فقرة ٤٠٥ .

§ ٢ - الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالعربون

٢٥ - صرح نمر بن دية البليغ النهائي : فرضنا فيما قدمناه أن المتبايعين قد عقدا العزم على التبايع ، فأبرما عقد بيع نهائي . ولكن يقع كثيراً أن يمر المتعاقدان بمرحلة تمهيدية ، تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائي . وهذه المرحلة التمهيدية نفسها مندرجة ، فقد تكون مجرد وعد بالبيع ، وقد تصل إلى أبعد من ذلك فتكون بيعاً ابتدائياً ، وتنبأ ما يقترن بالبيع الابتدائي عربون يجيز للعاقد الرجوع في البيع . وقد سبق أن استعرضنا هذه المرحلة التمهيدية في التعاقد بوجه عام (١) ، ونطبق هنا الأحكام التي سبق أن فصلناها في العقد على عقد البيع بالذات .

فنتعرض : (أولاً) الوعد بالبيع (ثانياً) البيع الابتدائي (ثالثاً) البيع بالعربون .

أولاً - الوعد بالبيع

٢٦ - صور ثلاث لـ الوعد بالبيع : قد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع نهائي ، بل على مجرد وعد بالبيع . والوعد بالبيع له صور ثلاث : (الصورة الأولى) الوعد بالبيع من جانب واحد (promesse de vente) . وفي هذه الصورة يعد صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيع منه هذا الشيء إذا رغب الآخر في شراؤه في مدة معينة . فيكون صاحب الشيء هو الملزم وحده بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، أما الطرف الآخر فلا يكون ملزماً بالشراء ، بل هو حر إن شاء أظهر رغبته في الشراء فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه الرغبة فلا يتم البيع ، بل ويسقط الوعد بالبيع .

(١) الوسيط ١ فقرة ١٣١ - فقرة ١٤٢ .

(الصورة الثانية) الوعد بالشراء من جانب واحد (promesse d'achat) .
وفي هذه الصورة يعد المتعاقد الآخر صاحب الشيء أن يشتري منه هذا الشيء
إذا رغب الأول في بيعه في مدة معينة . فهذه ، كما نرى ، الصورة العكسية
للصورة الأولى . ويكون المتعاقد الآخر هو الملتزم وحده بالشراء إذا رغب
صاحب الشيء في بيعه ، أما صاحب الشيء فلا يكون ملتزماً بالبيع ، بل هو حر
إن شاء أظهر رغبته في البيع فيتم البيع النهائي ، وإن شاء امتنع عن إظهار هذه
الرغبة فلا يتم البيع بل ويسقط الوعد بالشراء .

(الصورة الثالثة) الوعد بالبيع والشراء (promesse de vente et d'achat) ،
وتحتها حالتان ، حالة الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد وحالة الوعد
بالبيع والشراء من الجانبين . ففي الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد
يجتمع الوعد بالبيع ملتزماً لجانب صاحب الشيء دون المتعاقد الآخر ، والوعد
بالشراء ملتزماً للمتعاقد الآخر دون صاحب الشيء ، أى تجتمع صورتان
المتقدمتان . فيكون صاحب الشيء ملتزماً ببيعه إذا أظهر المتعاقد الآخر رغبته
في الشراء في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط الوعد بالبيع
كما قدمنا . ويكون ، من ناحية أخرى ، المتعاقد الآخر ملتزماً بالشراء إذا أظهر
صاحب الشيء رغبته في البيع في المدة المحددة ، وقد لا يظهر هذه الرغبة فيسقط
الوعد بالشراء كما قدمنا . ونرى من ذلك أن هناك احتمالاً في هذه الحالة أن كلا
من صاحب الشيء والمتعاقد الآخر ، الأول لا يظهر رغبته في البيع والثاني
لا يظهر رغبته في الشراء ، فيسقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء في
وقت واحد . وهذا بخلاف الوعد بالبيع والشراء من الجانبين ، فهذا وعد
ملتزم للجانبين وهو بيع كامل ، وليس هو اجتماع وعد بالبيع ملتزم لجانب واحد
ووعد بالشراء ملتزم لجانب واحد ، ونرى تفصيل ذلك فيما يلي :

١ - الوعد بالبيع من جانب واحد

٢٧ - أمثلة عملية : يحدث كثيراً أن يجد الشخص نفسه في حاجة
إلى الحصول من آخر على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء .

فالمستأجر امدار قد يقوم عنده احياناً في أن يشتريها ، ولكنه لا يريد أن يتقيد بالشراء منذ البداية ، إما لأنه يريد تجربة الدار وثناً كافياً وهو يسكنها كمتأجر ، وإما لأنه في حاجة إلى وقت لتدبير ثمن الدار وقد لا يستطيع تدبيره ، وإما لأي سبب آخر . ففي هذه الحالة يحصل ، إذا استطاع ، من صاحب الدار على وعد ببيعها منه إذا أبدى المستأجر رغبته في الشراء في مدة معينة تكون غالباً هي مدة الإيجار . فيتمتع للمستأجر الوقت لتجربة الدار أو لتدبير ثمنه ، وقد لا تعجبه الدار أو لا يتيسر له تدبير الثمن ، فلا يظهر رغبته في الشراء ، ومن ثم يسقط الوعد . أما إذا أعجبه الدار أو تيسر له تدبير الثمن فما عليه إلا أن يبدى رغبته في الشراء فيتم البيع (١) .

وقد يقع أن شخصاً يريد إنشاء مصنع على أرض معينة ، فيستأجرها من صاحبها ويقيم عليها الصنع . ويحصل في الوقت ذاته على وعد من صاحب الأرض ببيعها منه في مدة معينة إذا رغب في شرائها . فإذا هو غير ائمال اللازم للشراء ، أبدى رغبته في أن يشتريها ليم البيع ، وقد أتبع له بذلك الوقت الكافي لتدبير الثمن .

وقد يقع أن يكون بناء مستشفى أو مدرسة أو نحو ذلك يقتضى أن يقوم البناء على قطع وتجاوزة من الأرض لملاك مختلفين ، فيعهد من يريد البناء إلى الحصول على وعد بالبيع من كل مالك على حدة ، حتى إذا اكتمل له وعود من جميع الملاك ، أبدى رغبته في الشراء ، فيتم البيع في جميع القتل اللازمة للبناء .

(١) ويطلب كما قد مر أن تكون مدة الوعد بالبيع هي مدة الإيجار ، فإذا انتهت الإيجارات انتهت المدة بالبيع ، أما إذا انتهت مدة الإيجار فإن مدة الوعد قد تنقضي حتى لو تجدد الإيجار تجديداً متتابعاً فإن التجدد يعتبر إيجاراً جديداً ، وذلك ما لم يرد الطرفان الوعد لمدة الإيجار الجديد . وإذا انقضى الإيجار بسبب هلاك العين المؤجرة لم يفسخ الوعد بالبيع ، بل يبقى على كونه بعد إعادة بنائها ، وفي حالة تأجير العين من الباطن ، وبطلان الوعد قائماً لمصلحة المستأجر الأصل لا لمصلحة المستأجر عن الباطن (بنظرية رويبير ومالك ١٠ - فقرة ١٠٠ - ثارن الأمان أنور حاليان فقرة ٥) . وقد يقع أن يستأجر العين يحصل على وعد ببيعها ، ويطلب استعادتها حينئذ ، فإذا أنكل الثمن كانت له العين ، وإذا لم تكن عا دته زيادة على الأجرة (بنظرية رويبير ومالك ١٠ فقرة ١٧٦) .

ويمكن الاكثار من هذه الأمثلة العملية التي يحتاج فيها الشخص إلى الحصول على وعد بالبيع دون أن يتقيد هو بالشراء (١). وفيها جميعاً يكون الوعد بالبيع

(١) فن هذه الأمثلة العملية : شركات البناء المقاربة تضمن عقود الإيجار الصادرة منها وعداً ببيع الدين إلى المتأجر - تلجأ الشركات الصناعية إلى الحصول من الأراضي المجاورة لمصانعها على وعد ببيعها ضماناً لتوسيع المصانع - متأجر لأرض زراعية يحصل على وعد ببيعها قبل أن ينفق في إصلاحها مصروفات كبيرة - شركة تبحث عن معادن في أرض فتحصل من صاحب الأرض على وعد ببيعها إذا عثرت على المعادن .

وقد قضت محكمة مصر الاستئنافية بأنه إذا تصد المشتري من الحكومة في عقد البيع بأن يرد إليها كل أو بعض ما اشتراه منها في نظير ما يقابله من الثمن المتعاقد عليه إذا لزم للمنفعة العامة ، فهذا الشرط إنما هو شرط شخصي يترتب عليه حق عيني ، وهو يعتبر بمثابة وعد بالبيع موقوف تنفيذه على إرادة أحد المتعاقدين (٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٤٢ ص ١٠١) .

وقد يحول سبب دون تقدم شخص للمزايدة بنفسه ، فينتفح مع آخر على أن يتقدم هو للمزايدة . قد أن يحصل منه على وعد ببيع المين إذا رسا مزادها عليه . ويجب التمييز بين هذه الصورة وصورة الدخول في المزاد باسم مستعار . وقد قضت محكمة النقض بأن تحدى المدين بأن من استخدمه للدخول في المزايدة يعتبر في القانون نائباً عنه بطريق إعاره الاسم ، وأن الممار اسمه لا يملك في حق الأصل - هذا التحدى محله أن يكون الثابت في الدعوى أن من رسا عليه المزاد كان عند رسر المزاد عليه معيراً اسمه . أما إذا كان الثابت أن الراسى عليه المزاد إنما وعد المدين بأن يبيع له الأطنان عند رسوالمزاد عليه إذا دفع له الثمن والمصروفات ، فذلك لا يصح التحدى به في إنكار الملكية على الراسى عليه المزاد (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٨ ص ٦١٢) .

وقد يعد مدين دأته بأن يبيع منه عيناً إذا لم يوف الدين في الميعاد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الورقة المحتلف على تكييفها - هل هي ورقة ضد عن العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع - مذكوراً فيها أنه " إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول " ، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الوفاء . وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينفذ مفعوله كبيع بمجرد التعاقد ، وإن تعلق على شرط فاسخ . وإذا كان اعتبار تلك الورقة منضمة شرط تملك الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية الأجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغه عبارتها ، وليس فيه مسح للدلوها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٣) . وفي هذه القضية كان من الممكن أن ينتفح الطرفان على وعد بالبيع يبدأ أثره من وقت حلول الدين وعدم الوفاء به ، وهذا يقتضي أن يكون للدائن الحق في ألا يظهر رغبته في الشراء مؤثراً المطالبة بالدين . أما هل اعتبار أن البيع معلق على شرط واقف هو عدم الوفاء بالدين في الميعاد المحدد ، فهذا يقتضي أن يتم البيع بأثر رجعي بمجرد تحقق الشرط .

عقداً ملزماً لجانب واحد ، هو جانب صاحب الشيء الذي وعد ببيعه . فتتظر كيف ينقذ هذا الوعد بالبيع ، ثم نستعرض الآثار التي تترتب عليها إذا أنه قد صححها .

٢٨ - كيف ينقذ الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد انقذاراً صحيحاً :

وأبنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠١ مدني تنص على أن ١ - الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين ، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي ينصن الوعد بإبرام هذا العقد (٢) .

ونرى من ذلك أن الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ليس مجرد إيجاب من الواعد ، بل هو عقد لا بد فيه من إيجاب وقبول من الواعد والموعود له (٣) . ذلك أنه قد يتصور أن صاحب الدار مثلاً يصدر منه إيجاب ببيع الدار لشخص آخر ويضمن الإيجاب مدة معينة لقبوله فيكون هذا الإيجاب ملزماً . ولكنه لا يكون الوعد بالبيع الذي نقصده هنا . والفرق بينهما أن الوعد بالبيع وسط بين هذا الإيجاب الملزم والبيع النهائي . ففي الوعد بالبيع يتفق كل من الواعد والموعود له على أن يبيع الواعد الدار إذا أبدى الموعود له رغبته في شرائها خلال مدة معينة ، فهذا أكثر من إيجاب ملزم لأنه إيجاب قد اقترن به القبول من الطرف الآخر . ولكنه لا يزال دون البيع النهائي ، لأن كلا من الإيجاب والقبول لم ينصب على البيع ذاته بل على مجرد وعد بالبيع . ولذلك يكون الوعد مرحلة دون البيع النهائي وفوق الإيجاب الملزم ، في الإيجاب الملزم لم ينتزم الموجب وعداً بالبيع بل التزم بالبقاء على إيجابه المادة المحددة . ثم إن الوعد

(١) فقرة ١٢٤ - فقرة ١٢٥ .

(٢) أنظر تاريخ هذا النص في الوسيط ١ فقرة ١٢٤ ص ٢٤١ مابش رقم ١

(٣) وإذا كان القبول صادراً من الموعود له ، كما هو الغالب ، فهو قبول لا ينشئ منه

١ ، ومن ثم قد يكون مجرد السكوت قبولاً ، وبالأول قد يكون القبول مستمراً .

بالبائع ، من الناحية العملية ، مرحلة أقوى وأكثر ثباتاً في إلزام الواعد من مرحلة الإيجاب الملزم ، وتكون المدة المحددة للوعد أطول عادة من المدة المحددة للإيجاب الملزم (١) .

ويخلص من المادة ١٠١ مدني التي تقدم ذكرها أنه يشترط لانعقاد الوعد بالبائع الاتفاق على جميع الأركان والمسائل الجوهرية للبيع الموعود به . فيجب أن يتفق الواعد والموعود له على المبيع والثمن وعلى جميع شروط البيع التي يريان الاتفاق عليها ، وذلك حتى يكون السبيل مهياً لإبرام البيع النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء . ويجب أيضاً أن يحدد المتعاقدان مدة يظهر في خلالها الموعود له رغبته في الشراء ، حتى إذا انقضت هذه المدة ولم تظهر هذه الرغبة سقط الوعد . ونرى من ذلك أن أقل ما يجب أن يتم الاتفاق عليه لانعقاد الوعد بالبائع هو ما يأتي . (١) العين المراد بيعها ، مع تعيينها التعيين الواجب شأن كل مبيع . (٢) الثمن الذي تباع به ، مع تحديده تحديداً كتابياً شأن كل ثمن (٢) . (٣) المدة التي يجب في خلالها على الموعود له أن يظهر رغبته في الشراء ، وقد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقاً ضمنيّاً ، كما رأينا في حالة المستأجر الموعود ببيع العين المؤجرة عندما يتبين من الظروف أن مدة الوعد على مدة الإيجار (٢) . فإذا لم ترد المسائل المتفق عليها في الوعد بالبائع على ما تقدم ، وأبرم

(١) ويقول بودري وسينيا إن الوعد بالبائع قد يكون في مرحلة أول مجرد إيجاب من البائع ، إيجاب يستطيع صاحبه الحصول عنه . وقد يقوى عن ذلك في مرحلة ثانية فيكون إيجاباً اقترن من الطرف الآخر دون أن يتقيد هذا الطرف الآخر بالشراء ، فيكون وعداً بالبائع مزمناً بجانب واحد ، ويلتزم الموجب بوعدة ولا يجوز له الحصول عنه ، ولكن القابل لا يلتزم بشيء . وقد يصل في القوة إل المرتبة العليا في مرحلة الثالثة ، فيلتزم القابل من جانبه هو أيضاً أن يشتري ، فيكون وعداً بالبائع وبالشراء ملزماً للجانبين ، وهذا يعدل البيع الكامل (بودري وسينيا فقرة ٤٧) .

(١) ركان بوتييه (البيع فقرة ٤٨١) يذهب في القانون الفرنسي القديم ، إل أن الاتفاق على الثمن ليس لازماً لصحة الوعد ، وينتقل الشراء تقديره في البيع النهائي . ولكن هذا الرأي لم يعمول به في القانون الفرنسي الحديث (بودري وسينيا فقرة ٩٨) .

(٢) ولما إذا كان العقد الموعود به لا يحدد تنفيذ هذه فترات وقت معين ، فهنا الوقت هو المدة التي يجب في خلالها لإبرام العقد . وإذا اتفق الطرفان على أن تكون المدة هي المدة المحقولة ، وكان في عناصر القضية ما ينافي انقضاء هذه المدة ، جاز التمسك بالبائع ، لأن المدة هي

البيع بعد ذلك بظهور رغبة الموعود له في الشراء ، فان بقية شروط البيع تستخلص من أحكام القانون ، كما هو الأمر في أي بيع آخر . فيكون تسليم المبيع واجباً في الحال ، ويكون الثمن واجب الدفع فوراً ، ويكون حق المشتري في الثمار وحق البائع في تقاضي فوائد عن الثمن ومصرفات البيع وكيفية تسليم المبيع وضمان الهلاك وضمان الاستحقاق والعيوب الخفية وغير ذلك من المسائل الكثيرة التي يشتمل عليها عقد البيع حاضمة للأحكام التي تسري على البيع ووفقاً للقواعد التي قررها. اثنان في هذا الشأن .

ولما كان عقد البيع عتداً رضائياً كما قدمنا ، فان عقد الوعد بالبيع هو أيضاً عقد رضائي لا يشترط لانعقاده شكل خاص ، شأنه في ذلك شأن البيع . وإذا كانت الفقرة الثانية من المادة ١٠١ مدني تقضي بأنه إذا اشترط القانون لتتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد ، فان عقد الوعد بالبيع لا يدخل في مضمون هذا النص ، إذ لم يشترط القانون لتتمام البيع استيفاء شكل معين كما سبق القول . وهذا ما لم نكن في حالة من الحالات الاستثنائية التي يكون فيها البيع شكلياً (١) ، فعندئذ يجب أن يستوفي الوعد بهذا البيع نفس الشكل الخاص الذي يجب أن يستوفيه البيع (٢).

= هنا تكون قابلة للتحديد ، وإذا اختلف الطرفان في تحديدها تكفل القاضي بذلك (الوسيط فقرة ١٣٤ ص ٢٥٢) - أما في فرنسا فلا يوجد نص - كما يوجد في مصر - يوجب تحديد المدة فيجوز الوعد بالبيع دون تحديد مدة ، ويتولى القاضي تحديد المدة المدة المقولة (بودري وسبينا فقرة ٧٠ -) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٢ .

(٢) ولا يوجد ما يمنع من أن تكون ضمن شروط الوعد بالبيع الرضائي أنه في حاله ظهور رغبة الموعود له في الشراء يجب أن يفرغ البيع في ورقة رسمية . وفي هذه الحالة إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء ، وجب على الواعد أن يشترك مع الموعود له في إعداد الورقة الرسمية التي تبرم للعقد النهائي . ويكون الوعد بالبيع هنا رضائياً مع أن البيع النهائي شكلي ، وذلك لأن الشكل هنا لم يشترطه القانون بل اتفق عليه المتعاقدان (أنظر الوسيط فقرة ١٣٥ ص ٢٥٢ هامش رقم ٢) . وإذا امتنع الواعد عن إمضاء الورقة الرسمية لإبرام العقد النهائي ، فن رأينا أن يقوم الحكم في هذه الحالة مقام العقد مفرغاً في هذه الورقة الرسمية ، إذ الحكم هو نفسه ورقة رسمية . يؤيد ذلك ما جاء في المادة ١٠٢ مدني من أنه « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم لكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد ، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل ، متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد » . وهذا بخلاف ما إذا كان العقد الموعود =

ولما كان الوعد بالبيع هو خطوة نحو البيع النهائي كما قدمنا ، فان شروط البيع - لامن حيث الانعقاد فحسب بل أيضاً من حيث الصحة - تكون مطلوبة في الوعد بالبيع . فتعتبر الأهلية بالنسبة إلى الراعد وقت الوعد ، ومن ثم يجب أن يكون الراعد أهلاً للبيع النهائي وقت الوعد ولو فقد الأهلية وقت إبرام العقد النهائي بأن حجر عليه مثلاً . وتعتبر عيوب الإرادة بالنسبة إلى الراعد وقت الوعد أيضاً ، فانه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك إذ البيع النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له كما سيجيء . أما أهلية الموعود له فتعتبر وقت البيع النهائي لا وقت الوعد ، فيصح أن يكون قاصراً وقت الوعد بشرط أن تتوافر فيه أهلية التصرف وقت ظهور رغبته في الشراء ، ذلك أنه لا يلتزم بشيء وقت الوعد وإنما يلتزم عند البيع النهائي . على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التعاقد - أي التمييز - وقت الوعد ، لأن الوعد كما قدمنا عقد وهو أحد طرفيه . أما عيوب الإرادة فتعتبر بالنسبة إليه وقت الوعد ووقت البيع النهائي معاً ، إذ أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاءه في كل منهما صحيحاً (١) .

ويكفي أن تتوافر مشروعية المحل والسبب وقت البيع النهائي ، حتى لو لم تكن متوافرة وقت الوعد (٢) .

= بإبرامه هو في الأصل وبمحكم القانون عقداً شكلياً كالرهن الرسمي ، وكان الوعد به لم يفرغ في الشكل الرسمي ، فالحكم في هذه الحالة لا يقوم مقام العقد ، بل يقتصر القاضي على الحكم بالتمريض (الوسيط ١ فقرة ١٣٩) . وعلة ذلك أن عقد الوعد في حالة الرهن الرسمي عقد شكلي لم يستوف الشكل ، والمادة ١٠٢ مدني تشترط كما رأينا أن يكون الوعد بالعقد متوافراً فيه الشكل الواجب قانوناً حتى يقوم الحكم مقام العقد . أما إذا لم يكن هناك شكل واجب قانوناً ، كما هو الأمر في الوعد بالبيع ، فليس هناك ما يخل بأحكام المادة ١٠٢ مدني إذا نحن جعلنا الحكم يقوم مقام العقد ، حتى لو اشترط اتفاقاً أن يكون العقد النهائي رسمياً ، لأن الشروط اللازمة لتتمام الوعد بالبيع - وليس فيها شرط خاص بالشكل - متوافرة ، وهذا كاف لجعل الحكم يقوم مقام العقد . (١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٧ .

(٢) ولكن الوعد بالبيع ذاته له محل هو إبرام العقد النهائي ، ولذلك يجب أن يكون إبرام هذا العقد ممكناً قانوناً ، فلا يجوز الوعد ببيع حق في تركة مستقبلية . كذلك يجب أن يكون الباعث على الوعد - وهذا هو السبب - مشروعاً ، فلا يصح الوعد ببيع سلاح يريد الموعود له لارتكاب جريمة (الاستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٩٣) . لكن إذا وعد شخص ببيع عين مبرئها ، ولم يبد الموعود له رغبته في الشراء إلا بعد أن ورث الراعد العين ، فإن هذا يكون جائزاً

٢٩ - الاستحالة التي تترتب على الوعد بالبيع المبرم لجانب واحد :
إذا انعقد الوعد بالبيع صحيحاً على النحو الذي قدمناه ، وجب في بيان
الآثار التي تترتب عليه التمييز بين مرحلتين : (١) قبل ظهور رغبة الموعود له
في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) بعد ظهور هذه الرغبة أو بعد انقضاء
المدة المحددة دون ظهورها .

٣٠ - الاستحالة التي تترتب قبل ظهور الرغبة : قدمنا أن الوعد بالبيع
عند ملزم لجانب واحد هو الواعد بالبيع ، فلا يترتب أي التزام في جانب الموعود
له . والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد هو الالتزام بعمل (obligation de faire) ،
وهذا العمل هو أن يبرم عقد بيع نهائي مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته
في الشراء في المدة المحددة (١) . ويزي من ذلك أن حق الموعود له في هذه المرحلة
- أي قبل ظهور رغبته - حق شخصي لا حق عيني ، فلا تنتقل إليه ملكية
الشيء الموعود ببيعه . ويترتب على ذلك أمران :

(الأمر الأول) أن الواعد بالبيع يبرم مالكا للشيء الذي وعد ببيعه . فله أن
يتصرف فيه ، وله أن يؤوله وأن يحصل على غلته ، وذلك إلى وقت إبرام البيع
النهائي (٢) . ويسرى بوجه عام تصرف الواعد في حق الموعود له . فإذا كان
الشيء الموعود ببيعه عقاراً ، وباع الواعد العقار من آخر ، وسجل البيع قبل
ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، بل وبعد ظهور هذه الرغبة إذا لم يتمكن
الموعود له من تسجيل البيع النهائي الذي تم بظهور رغبته في الشراء قبل تسجيل
البيع الأول ، فإن تصرف الواعد يسرى في حق الموعود له . أما إذا كان الشيء
الموعود ببيعه منقولاً معيناً بالذات ، وتصرف فيه الواعد قبل ظهور رغبة
الموعود له في الشراء ، سرى التصرف في حق الموعود له وليس لهذا إلا الرجوع

(١) ولا يمتنع على هذا بأن الالتزام يكون إرادياً ، فإن الإرادة هنا هي إرادة الدائن
لا إرادة المدين . هذا إلى أن إرادة الدائن نفسها محوطة بظروف لا تجعل الأمر يتعلق بشخص
الإرادة ، فهو إذا أبدى رغبته في الشراء لابد أن يكون قادراً على دفع الثمن وعلى القيام بالتزاماته
الأخرى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣) .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٨

بتعويض على الراعد (١) . فإذا كان تصرف الواعد في المنقول قد صدر بعد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، لم يسر التصرف في حق الموعود له . بل اعتبر البيع الصادر له قد أبرم أولاً فتنتقل إليه ملكية المنقول . وهذا كله من مراعاة القاعدة التي تقضي بأن الحيازة في المنقول سند الملكية ، فإذا تصرف الموعود له في المنقول ، سواء كان هذا قبل ظهور رغبة الموعود له في الشراء أو بعد ظهور هذه الرغبة ، فأيهما تسلم العين أولاً - الموعود له أو من تصرف له الواعد - يكون مالكا للعين إما بموجب عقد البيع النهائي وإما بموجب الحيازة ، ويرجع الآخر بتعويض على الواعد .

(الأمر الثاني) أنه إذا هلك الشيء الموعود ببيعه قضاء وقدرأ ، تحمل الواعد تبعه هلاكه (٢) ، لا لأنه هلك قبل التسليم كما يكون الأمر لو أن البيع النهائي

(١) وهذا كله ما لم يستطع الموعود له أن يظن في تصرف الواعد بالدعوى البولسية ، بأن أثبت رباط الواعد مع المتصرف له على الإصرار بحقه ، أو كان التصرف تبرعاً حيث لا يحتاج الموعود له إلى إثبات التواطؤ (الوسيط ٢ فقرة ٥٨٨ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٩) .
رغم من البيان أنه لم تصرف المتصرف له شيء النية لم تصرف له ثا و كان هذا حسن النية ، لم يملك الموعود له الظن في التصرف الأخير لأن المتصرف له الثاني حسن النية ، وذلك وفقاً لقواعد الدعوى البولسية (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٩١ هامش رقم ٥ - الأستاذ أنور سنان فقرة ٧٩ ص ١٠٣) .

ويذهب الأستاذ جميل الشرفاوى إلى اقتصار حق الموعود له على استحقاق التعويض من المتصرف إليه إذا كان سييء النية ، بجانب مسئولية الواعد القائمة على تعاقده ، فالحكم بالتعويض هو الجزاء الوحيد الجائز التطبيق . أما جعل عدم نفاذ التصرف من صور التعويض فيقزم في نظره على خلط بين نظام التصرف القانونى ونظام المسئولية (الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ٢٢ ص ٧٥ - ص ٧٦) . ويشك الأستاذ عبد المنعم البدر اوى في إمكان جعل التصرف غير نافذ في حق الموعود له ، فإن المشتري إذا تمكن من تسجيل عقده قبل أن يسجل الموعود له البيع النهائي ، لم يستطع الموعود له أن يحتج على المشتري بأنه كان سييء النية وقت أن سجل عقده (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٩٩) .

(٢) وإذا تخلف عن هلاك الشيء أو نزع ملكيته شيء يقوم مقامه - التعويض عن الضرر أو مبلغ التأمين أو التعويض عن نزع الملكية - فهل يحل هذا الشيء حلولا عينياً محل الشيء الموعود ببيعه : يجيب الفقه الفرنسى بالنفى ويذهب إلى سقوط الوعد (بلانيول وريبير وهامل ص ١٧٨) ، ولكن القضاء الفرنسى يقول بالحلول العينية (نقض فرنسى ١٩ يونيو سنة ١٩٢٤ صيريه ١٩٢٧ - ١ - ٥٨ - وانظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٦ ص ٩٩ والأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠١ ص ١٥١ - ص ١٥٢) .

قد أبرم ، بل لأن الواعد لا يزال هو المالك والأصل أن الشيء يهلك على مالكه .
وكهلاك الشيء نزع ملكيته ، بنحو الواعد تبعه (١) .

٣١ - الآثار التي تترتب بعد ظهور الرغبة أو بعد انقضاء المدة

دونه ظهورها : وننتقل الآن إلى المرحلة الثانية ، وفيها يقع أحد شيئين :
(١) إما أن يظهر الموعد له رغبته في الشراء في خلال المدة المحددة (٢) وإما
أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

ففي الحالة الأولى تظهر رغبة الموعد له في الشراء صراحة أو ضمناً ،
بشرط أن يكون ذلك في المدة المحددة . وتظهر الرغبة ضمناً فيما إذا تصرف
الموعد له في الشيء الموعود ببيع أو إيجار أو غير ذلك ، مما تستخلص منه نيته
في أنه اعتبر الشيء مملوكاً له فتصرف فيه على هذا النحو . فإذا ظهرت رغبة
الموعد له في شراء الشيء الموعود به ، فإن البيع الهائي يتم بمجرد ظهور هذه

أما إذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، ومع ذلك أبدى الموعد له رغبته في شرائه ، فللواعد أن
يلزمه بكل الثمن (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦ ص ٩٩ - ص ١٠٠ - الأستاذ سليمان مرقس
فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ محمد كامل حريسي فقرة ٤١ ص ٧٠ . وقارن الأستاذ عبد المنعم
البدراوى فقرة ١٠١ ص ١٥١ والأستاذين أحمد حبيب الحلال وحامد زكي فقرة ١٠) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٦٧ - فقرة ٦٧ مكررة . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا يجوز
بمثال أن يجب على الواعد نزع ملكية بعض الدين للمنفعة العامة ، لأن نزع ملكية المبيع
عليه حكم هلاكه ، وهذا يكون حتماً على المالك ، وبمك اللزوم العقل لا يصح منه الواعد بالبيع
(نقض مدني ١٣ يناير سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر رقم ٨٤ ص ٢٤٠)

هذا وإلى جانب الأمرين اللذين ذكرنا - استبقاء الواعد للملكية وتحمله تبعه الهلاك - يجوز
أيضاً للموعد له أن يحول حقه الشخصي في دنة الواعد إلى محال له وفقاً لقواعد حوالة الحق
(بودرى وسينيا فقرة ٦٩ - بلانيرل وريبير وعامل ، فقرة ١٧٨ - أوبري ورو ، فقرة ٢٤٩
ص ٧) . وإذا نزع ملكية الدين الموعود ببيعها للمنفعة العامة ، كان التصريح للواعد
لا للموعد . والموعد له أن يطالب ببيع الواعد من القيام بأعمال تحول دون إبرام البيع النهائي ،
كمنعه من هدم الدار الموعود ببيعها . والموعد له أن يستعمل الدعوى غير المباشرة باسم الواعد ،
فيرفع دعاوى المباشرة ويقطع التقادم ، وله أن يطالب بتعيين ماركس على أمين الدينة - إذا شرع
الواعد في هدمها (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٤) .

(الوسيط - ص ٥)

الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديده من الواعد (١) . ويعتبر البيع النهائي قد تم من وقت الرغبة لا من وقت الوعد ، على أساس أن ظهور الرغبة يعد إيجاباً من جناس الموعود له ، وهو إيجاب مقبول من الواعد فقد التزم هذا أن يقبله بمرحبة الوعد الصادر منه (٢) . يتم البيع النهائي ، على هذا الوجه ، من وقت ظهور الرغبة (٣) . والأمر واضح ، إذا كان الشيء الموعود ببيعه عيناً منقولة

(١) استئناف مختلط أول يناير سنة ١٩٢٣ م ٢٥ - ٤١٢ - بودري وسينا فقرة ٧٠ مكررة .

وإذا اشترط في الوعد أن الموعود له يجب أن يدفع الثمن فوراً عند ظهور رغبته ، فظهور الرغبة غير المصحوب بالثمن لا يعتد به (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ٦) . وإذا ارتفعت قيمة الشيء عما كانت عليه وقت الوعد ، لم يلزم الموعود له أية زيادة في الثمن . فإذا كان ارتفاع القيمة رجحاً إلى زيادة من المبيع أجراها الواعد دون اتفاق مع الموعود له ، اعتبر الواعد في حكم من أحدث هذه الزيادة بسوء نية في ملك الغير (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥١ ص ٨٤ - الأستاذ كامل مرسى فقرة ٥١ ص ٧٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٩٤ هامش ٣ - الأستاذ محمد حى لمعيسى ص ١٩٧) . ويكون للموعود له الحق في ثمرات المبيع من وقت ظهور رغبته في الشراء لا من وقت صدور الوعد بالبيع (استئناف مختلط ١٨ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ٢٧ ص ٢٧) .

(٢) فقبول الواعد ليس إذن إلا تنفيذاً للالتزام الذى نشأ في ذمته بموجب الوعد بالبيع ، فقد التزم بعمل هو إبرام البيع النهائي ، أى قبول الرغبة التى يظهرها الموعود له في الإرادة ، وإذا نازع الواعد في وقوع البيع ، حكم القاضي بوقوعه ، وقام حكمه مقام تنفيذ التزام الواعد ، لأن الالتزام من التزام بعمل تسع طبيعته أن يقوم حكم القاضي فيه مقام التنفيذ (م ٢١٠ مدنى) . وقد نصت المادة ١٠٢ مدنى صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل ، وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً بتنفيذ العقد ، وكانت للشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم على حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد » . وليس هذا النص إلا تطبيقاً لنص أم هو المادة ٢١٠ مدنى ، إذ تقول : « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٤٩ ص ٦٩ . وانظر في الفقه الفرنسى أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٠ - بودري وسينا فقرة ٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ .

(٣) ويجب استبعاد أن يكون الوعد بالبيع بيعاً معلقاً على شرط ، إذ أن الموعود له لم يرتبط وقت الوعد أن يشتري ولو تحت شرط ، ومن ثم لا يكون لظهور رغبته في الشراء أثر رجعي (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٧٦ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤) . كذلك يجب استبعاد أن يستحيل التزام الواعد ، وهو التزام بعمل كما قدمنا ، إلى تعويض ، إذ هو التزام قابل للتنفيذ

معيّة بالذات ، ككتاب أو سيارة أو جهاز أو آلة ، فإن البيع النهائي به غير قد تم بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، وتنقل ملكية العين إلى الموعود له الذي أصبح الآن مشترياً ، ويلتزم هذا بدفع الثمن المتفق عليه للواعد الذي أصبح الآن بائعاً ، وتسرى أحكام البيع في سائر المسائل . أما إذا كان الشيء والموعود بيّعه عقاراً ، فالبيع يتم أيضاً بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، ولكن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل . فعلى البائع (الواعد) أن يقوم بالأعمال الواجبة لكتابة العقد والتصديق على إمضائه حتى يكون المقدم معداً للتسجيل ، فإن هو امتنع من ذلك أو نازع في أن العقد النهائي قد تم جاز للمشتري (الموعود له) أن يحصل على حكم بثبوت البيع يقوم مقام العقد ، ومنى سجل هذا الحكم انتقلت الملكية إليه (١)

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في الشراء ، تحل الواعد من وعده وسقط الوعد (٢) ، وصار الواعد في حل بعد ذلك أن يتصرف في الشيء لمن يشاء . وهذا هو الحكم أيضاً حتى لو أظهر الموعود له رغبته في الشراء ولكن بعد انقضاء المدة المحددة . كذلك يكون هذا هو الحكم لو أن الموعود له ، حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، أعلن عدم رغبته في شراء الشيء الموعود به ، ولو ضمناً كأن تعامل مع الواعد في الشيء على اعتبار أن الواعد هو المالك المستقر فاستأجره منه مثلاً لمدة تجاوز مدة الوعد . ذلك أن إعلان

= المعنى من طريق صدور حكم قضائي (بودى وسينا فقرة ٦٤ - فقرة ٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢ - جوسران ٢ نشرة ١٠٧٤) .

هذا ويجوز أن يقضى الحكم الصادر بوقوع البيع بتحويل الموعود له من الضرر الذي لحقه من جراء عدم مبادرة الواعد إلى الامتثال بالتزامه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٢)

(١) وإذا كان الوعد بالبيع - كما يقول الأستاذ سليمان مرقس - مطلقاً في محرر يحمل توقيع الواعد توقيعاً مصدقاً عليه ، جاز للموعود له أن يستغنى عن استصدار حكم يقوم مقام عقد البيع ، بأن يسجل عقد الوعد المصدق عليه وإقراراً منه مصدقاً عليه أيضاً بقبول الشراء بناء على الوعد ، فيقوم تسجيل هاتين الوثيقتين مقام تسجيل عقد البيع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٣ ص ٨٧ - ص ٨٨) .

(٢) وذلك دون حاجة لأن يظهر الواعد الوعد له (نقض مدني ٦ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٤ ص ٨٢٤) .

الأمر عود له علم رغبته في الشراء يكون بمثابة تزول عنه عن حقه التي استملأ
من الوعد (١).

٣٢- الوعد بالتفصيل : وهناك صورة خاصة من الوعد بالبيع للترم

لجانب واحد هي الوعد بالتفضيل (pacte de préférence) . وفي هذه الصورة لا يلتزم الواعد في وعده أن يلتزم ببيع الشيء إذا أظهر للوعد له رغبته في شرائه ، وإنما يلتزم ، إذا هو رغب في بيع الشيء أن يعرضه أولاً على الوعد له تفضيلاً له على غيره ، فإن قبل الوعد له شرائه تم البيع . قالني يميز هذه الصورة عن الصورة الأخرى في الوعد بالبيع أن الواعد لم يلتزم ببيع الشيء ، وكل ما التزم به هو أنه إذا رغب في بيع الشيء وجب عليه أن يعرضه أولاً على الوعد له . فلا يتم البيع للباقي إذن إلا باجتماع أمرين : أن يريد الواعد بيع الشيء وأن يريد الوعد له شرائه (٢) . ويكون التزام الواعد بعرض الشيء عنى الوعد له مطلقاً

[illegible][illegible][illegible]

لجانب واحد ، فيجب أن يكون مشتملا على الشيء الموعود به والتمن الذي يباع به والمدة التي يجب في خلالها أن يعرض الواعد الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه (١) . وكل ما قلنا في انعقاد الوعد بالبيع وفي صحته يقال هنا .

والأثر الذي يترتب على الوعد بالتفضيل ، في المرحلة السابقة على عرض الشيء الموعود ببيعه ، هو نشوء التزام شخصي في ذمة الواعد بأن يعرض الشيء على الموعود له إذا أراد بيعه . وهو مجرد التزام شخصي يترتب عليه كما في الوعد بالبيع فيما قدمناه ، أن يبقى الواعد لكأ للشيء (٢) . وأن الشيء إذا هلك أو زهت ملكيته تحمل الواعد تبعه ذلك دون أن يلتزم بضمان للموعود له .

والأثر الذي يترتب ، في المرحلة الأخيرة ، أنه إذا أراد الواعد بيع الشيء في المدة المحددة ، وعرضه على الموعود له فقبل شراؤه ، ثم البيع النهائي في المقول وفي العقار على الوجه الذي يبناه في الوعد بالبيع . وإذا رفض الموعود له شراؤه ،

(١) ويمكن وفقاً لما أضافه سلطان الإرادة ألا يحدد المتعاقدان لا التمن ولا المدة ، فيقتصر الواعد على أن يلتزم بأنه في أي وقت يمتزم ببيع الشيء يعرضه أولاً على الموعود له ليشتريه بالتمن الذي يمكن به بعه لغير (بودري وسينيا فقرة ٧١ مكررة) . انظر في عدم لزوم تحديد المدة الأستاذ عبد المنعم البدراري فقرة ١٠٢ ، وعلى العكس من ذلك في أن تحديد المدة واجب الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٠ والأستاذ عبد الفتاح عبد الباق فقرة ٤٧ .

ويطلب في الوعد بالتفضيل ألا يجوز للموعود له النزول عن حقه لأن شتمه هل اعتبار عند الواعد . ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من أن يشترط الموعود له جواز النزول عن حقه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٨ ص ٢١٨) . وإذا مات الواعد انتقل التزامه إلى ورثته ، فإذا كانت الورثة قسراً قامت صعوبة في تحديد التمن إذ الغالب أن مال القاصر يباع بالمزاد العلني ، فإذا وضع شرط التفضيل في دفتر الشروط أحجم الناس من المزايدة (انظر في أن الوعد بالتفضيل لا يكون إلا في البيع بالممارسة ولا يجوز في البيع بالمزاد أو برى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٢ مكرر ٩) .

(٢) فإذا تصرف فيه لغير الموعود له نفذ تصرفه ، ولكن يرجع الموعود له بتعويض على الواعد . فإذا كان الواعد متواطئاً مع من تصرف له في الشيء ، وأمكن الموعود له الطعن في التصرف بالنسبة البولية ، كان التصرف غير نافذ في حق الموعود له (بودري وسينيا فقرة ٧١ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٨٥) .

ولكن إذا تصرف الواعد في الشيء بغير البيع ، بأن وهبه أو قابض عليه أو دفعه حصه في شركة ، لم يكن الموعود له حق في أخذه ، بل ولا في التعويض ، إذ التزام الواعد مقصور على حالة التصرف بالبيع (بودري وسينيا فقرة ٧٢) .

أو انقضت المدة المحددة دون أن يريد الواعد بيع الشيء ولو أراد البيع بعد ذلك ، أو أعلن الموعود له رغبته في تحليل الواعد من التزامه ، فإن الوعد بالتفضيل يسقط ، ويحلل الواعد من الالتزام الذي ترتب في ذمته بموجب الوعد بالتفضيل . وقد قدمنا كل هذه الأحكام تفصيلاً في الوعد بالبيع .

ب - الوعد بالشراء من جانب واحد

٣٣ - أمثلة هملية : يحدث أن يجد صاحب الشيء نفسه في حاجة إلى الحصول من شخص آخر على وعد بشراء هذا الشيء . مثل ذلك صاحب الدار يتقدم له شخص في شرائها ، وهو لم يبت العزم بعد على البيع ، فيكتفي بالحصول من هذا الشخص على وعد بالشراء فيما إذا بت صاحب الدار العزم على البيع في مدة معينة . أو يكون قد بت العزم على البيع ، ولكنه يريد أعلى ثمن ، فيحصل ممن تقدم له على وعد بالشراء بالثمن الذي يعرضه ، وإن وجد بعد ذلك من يعرض ثمناً أعلى باع الدار منه ، وإلا باعها من الواعد بالشراء . أو يكون قد أراد بيع الدار لشراء دار أخرى ، ويخشى إن بت في البيع ألا يجد بعد ذلك الدار التي يرغب في شرائها ، فيكتفي بالحصول على وعد بالشراء ، حتى إذا عثر على الدار التي يرغب فيها باع داره واشتراها (١) .

وكثيراً ما يقع أن يتفق صاحب الشيء المعروض في المزاد مع شخص آخر على أن يتقدم هذا في المزاد لإبلاغ الثمن إلى مقدار معين ، فهذا وعد بالشراء من جانب الشخص الآخر ، وعليه أن يتقدم بعبء هذا المقدار ، فإن زيد عليه لم يلتزم بأن يزيد . فإذا رسا المزاد على غيره ، ثم أبطل أو أعيد على من رسا عليه ، لم يلتزم أن يتقدم في المزاد الجديد . أما إذا لم يتقدم للمزاد أصلاً ، أو تقدم

(١) ويقع كثيراً أن يحصل السمسار من عميله على وعد بشراء الدار التي يتوسط السمسار في شرائها له ، بشئ معين في خلال مدة معينة ، وهذا ما يسمى بالتفويض . فإذا نجح السمسار في حل صاحب الدار على بيعها بهذا الثمن في خلال هذه المدة ، رجع على الواعد بأثره بوعده . ولكن الواعد هنا يلتزم بالشراء نحو السمسار لا نحو صاحب الدار ، فإذا أخل بوعده ولم يشتر الدار رجع السمسار عليه بالتفويض وهو مقدار السمسرة التي فات عليه ، ولا شأن لصاحب الدار بالواعد .

ولم يبلغ الثمن المقدار المتفق عليه ، فرسا المزاد بثمان أقل ، ألزم بالفرق على سبيل التعويض لأنه يكون قد أخل بوعده (١) .

٣٤ — كيف ينقض الوعد بالشراء الملتزم لجانب ١٠ انعقاداً صحيحاً :

هنا أيضاً نطبق المادة ١٠١ مدني التي سبق ذكرها (٢) ، فيشترط لانعقاد الوعد بالشراء الاتفاق على جميع الأركان والمسايل الجوهرية للشراء الموعود به . فيتفق الواعد بالشراء مع الموعود له على الشيء الموعود بشرائه ، والثمن الذي يشتري به ومدة يتفق عليها صراحة أو ضمناً يظهر في خلالها الموعود له رغبته في البيع ليتم الشراء .

(١) بودري وسينيا فقرة ٧٨ — وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اتفق المدين مع آخر على شراء العقار المزروع ملكيته اتفاقاً لخطر الهجزة ، وصحياً وراء الحصول على ثمن ثابت قدر أنه مناسب لقيمة العقار ويحقق مصلحة الدائنين الذين تعلق حقهم بالتنفيذ بضمان حصولهم على كامل حقوقهم ، والتزم المشتري بالتدخل في المزاد والمزايدة حتى يصل بالثمن إلى الحد المتفق عليه ، بحيث إذا اضطر إلى الزيادة في الثمن فوق هذا المبلغ تكون هذه الزيادة من حقه ولا شأن للمدين البائع بها ، فإن الدفع بطلان هذا الاتفاق لمخالفته لنظام العام وانعدام سبب استحقاق المشتري للزيادة عن الثمن المتفق عليه يكون على غير أساس . ذلك أن هذا الاتفاق ليس من شأنه الإخلال بحرية المزايدة أو إبعاد المزايدين من محيطها ، بدليل أن المتعاقدين قدرا احتمال رسو المزاد على غير المشتري من المدين بثمان يزيد على الثمن المسمى مما يدل على انتفاء فكرة المساس بحرية المزايدة ، فضلاً عن تحقيقه مصلحة المدين ودائنيه . وأما الادعاء بانعدام سبب الزيادة فمردود بأن المتعاقد مع المدين أصبح بمقتضى الاتفاق المشار إليه في مركز المشتري والمدين في مركز البائع ، ومن حق المشتري الحصول على الزيادة وسببها القانوني هو العقد المبرم بينهما (نقض مدني ٢٠ يناير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٦٣ ص ٥٠٧) . ويبدو من وقائع هذه القضية أنه لو رسا المزاد بأقل من الثمن المتفق عليه فإن المتعهد بإرساء المزاد بهذا الثمن كان يدفع الفرق ، فكذلك تكون له الزيادة ، فالعقد احتمال وهذا هو السبب القانوني .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الوعد الصادر من شخص بدخول مزاد وإرساء المزاد عليه هو وعد بالشراء صحيح ، ويلتزم الواعد بالتعويض إذا أخل بالتزامه (١٩ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٠٩) . وقضت أيضاً في نفس الحكم بأن من وعد بالدخول على مزاد والمزايدة إلى حد مبلغ معين ، ينقضى وعده إذا أجل هذا المزاد . وقضت كذلك بأن الوعد بالشراء الصادر من مستأجر الأرض ملزم بها بلزومه إلى مدة معقولة ، فلا يجوز للمؤجر أن يطيل هذه المدة قبل أن يبيع رغبته في البيع إلى حد أن يتخاضع من المستأجر أجرة تداني ثمن الأرض (٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٢٥ ص ١٠٩) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ١٨ .

وكل ما قلناه في خصوص رضائية الوعد بالبيع ، وأهلية كل من الواعد والموعود له ، ومتى تنوافر هذه الأهلية ، وعيوب الإرادة عند كل من الطرفين ، ومشروعية المحل والسبب ، ينطبق هنا على الوعد بالشراء .

٣٥ - الآثار التي تترتب على الوعد بالشراء قبل ظهور الرغبة :

الوعد بالشراء كالوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الواعد بالشراء ، فلا يترتب أى التزام في جانب الموعود له . والالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد بالشراء هو أيضاً التزام بعمل (obligation de faire) ، وهو أن يبرم بيعاً نهائياً مع الموعود له إذا أظهر هذا رغبته في البيع في المدة المحددة (١) . فيكون حق الموعود له في هذه المرحلة حقاً شخصياً لاحقاً عينياً ، كحق الموعود له في الوعد بالبيع (٢) . ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - يبقى الشيء مملوكاً للموعود له ، ويستطيع هذا أن يتصرف فيه كما يشاء . ويسرى تصرفه في حق الواعد بالشراء . فإذا باع الموعود له الشيء من آخر غير الواعد ، صح البيع وسرى في حق الواعد . وسقط في الوقت ذاته الوعد بالشراء لأن الموعود له بتصرفه في الشيء لغير الواعد قد نزل عن حقه في إلزام الواعد بشراؤه .

ثانياً - وبديهي أن الواعد بالشراء لا يستطيع التصرف في الشيء لأنه لم تنتقل له ملكيته في هذه المرحلة ، وإذا تصرف فيه كان تصرفاً في ملك الغير ، ولا يسرى تصرفه هذا في حق المالك وهو الموعود له . ولكن يجوز للموعود له أن يجيز التصرف فيصح ويسرى في حقه ، وهذا هو حكم بيع ملك الغير . كذلك يجوز بعد تصرف الواعد في الشيء أن يبدى الموعود له رغبته في بيعه من الواعد فيتم البيع النهائي ، ويصبح الواعد بموجب ماله للشيء وفقاً لأحكام القانون ،

(١) وليس الالتزام هنا مطلقاً على شرط إرادى محض ، وقد بينا هذا عند الكلام في الوعد بالبيع (انظر آنفاً فقرة ٢٩ في الهامش) .

(٢) وقد خص تقنين الموجبات والعقود أنبأت الوعد بالشراء بنص واحد هو المادة ٨٩٧ من هذا التقنين ، وتجري على الوجه الآتي : " إن الوعد بالشراء الصادر من فريق واحد مباح أيضاً ، ويجب أن يفهم ويفسر كالوعد بالبيع مع التعديل المنتضى " .

فبعض تصرف الذي صدر منه قبل ظهور رغبة الموعود له في بيع الشيء . وهذا هو أيضاً حكم بيع ملك الغير عندما يصبح البائع مالكا للشيء الذي باعه قبل أن يملكه .

ثالثاً - إذا هلك الشيء الموعود بشرائه قنفاء وقدرأ هلك على ملك الموعود له ، وتحمل هذا تبعة الهلاك ، إذ الأصل أن الشيء يهلك على مالكة . ولا يستطيع الموعود له بداهة ، بعد هلاك الشيء ، أن يلزم الواعد بشرائه . وكهلاك الشيء انزع ملكيته ، يتحمل الموعود له تبعته (١) .

٣٦ - الأسماء التي ترتب على الوعد بالشراء بعد ظهور الرغبة

أو بعد انقضاء المرة دونه ظهورها : وننتقل إلى المرحلة الثانية . فاما أن يظهر الموعود له رغبته في البيع في خلال المدة المحددة ، وإما أن تنقضي المدة المحددة دون أن يظهر هذه الرغبة .

ففي الحالة الأولى ، إذا ظهرت رغبة الموعود له ، صراحة أو ضمناً ، في البيع في خلال المدة المحددة ، تم البيع النهائي بمجرد ظهور هذه الرغبة ، ولا حاجة لرضاء جديد بالشراء من جهة الواعد . ويعتبر البيع النهائي قد تم من وقت ظهور الرغبة لا من وقت الوعد ، تنفيذاً للالتزام الذي نشأ في ذمة الواعد ، فاذا نازع هذا في تمام البيع استطاع الموعود له أن يحصل على حكم بوقوع البيع يقوم مقام العقد ، وذلك كله على النحو الذي رأيناه في الوعد بالبيع .

وفي الحالة الثانية ، إذا لم يظهر الموعود له رغبته في البيع في المدة المحددة ، تحال الواعد من وعده وسقط الوعد . وهذا هو الحكم أيضاً فيما لو أظهر الموعود له رغبته في البيع ولكن بعد انقضاء المدة المحددة ، أو أعلن عدم رغبته في البيع حتى قبل انقضاء المدة المحددة ، ففي جميع هذه الفروض يتحلل الواعد من وعده ويسقط الوعد على الوجه الذي بيناه في الوعد بالبيع (٢) .

(١) وإذا هلك الشيء هلاكاً جزئياً ، وأبدى الموعود له رغبته في البيع ، كان الواعد بالشراء مخيراً بين أن يشتري مع إنقاص الثمن أو أن يمتنع عن الشراء . بتاتاً لتفريق الصفقة (الاستاذ أنور سلطان فقرة ٨١) .

(٢) ويمكن أن نتصور في الوعد بالشراء وعداً بالتفصيل كما في الوعد بالبيع . ويتحقق ذلك لو أن تاجر التجزئة مثلاً تعهد لتاجر الجملة أنه في حالة احتياجه لسلعة معينة يستوردها منه =

ج - الوعد بالبيع والشراء

٣٧ - التمييز الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد والوعد

البيع والشراء من الجانبين : قلنا أنه يجب أن نميز هنا بين حالتين :

أولاً - الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد . وفي هذه الحالة يوجد عقدان يقعان على شيء واحد وبين نفس الطرفين . العقد الأول هو وعد بالبيع من صاحب الشيء يرتبط به نحو الموعود له فيما إذا أظهر هذا رغبته في شراء الشيء . والعقد الثاني هو وعد بالشراء يرتبط به الموعود له في العقد الأول بأن يشتري الشيء إذا أظهر صاحبه - وهو الراعد في العقد الأول - رغبته في بيعه . ومن ثم يوجد وعدان ، وعد بالبيع من جانب واحد ووعد بالشراء من جانب واحد ، وقد وقع العقدان على نفس الشيء وتما بين نفس الطرفين (١) .

ثانياً - الوعد بالبيع والشراء من الجانبين . وفي هذه الحالة يوجد عقد

بالأفضلية على شراء . فيكون تاجر التجزئة ملتزماً في حالة احتياجه لشراء السلعة ، أن يرفض كل تاجر الجملة شراؤها أولاً ، فإن قبل هذا فتوريد السلعة تم البيع النهائي . وليس تاجر الجملة في هذه الحالة ملتزماً بتوريد السلعة ، فهو الموعود له ولم يلتزم بشيء ، والملتزم هو تاجر التجزئة إذا احتاج إلى شراء السلعة . فإذا لم يقم تاجر التجزئة بالتزامه ، كان مستولاً نحو تاجر الجملة من تعريض يكون عادة هو الربح الذي كان يجنيه تاجر الجملة لو أنه ورد السلعة إلى تاجر التجزئة .

وشبهه بذلك أن يتعهد المؤلف للناس أن يكون الناشر الأفضلية في نشر مؤلفه ، لو في نشر طبعة تالية منه ، بالشروط المتفق عليها ، فيما إذا اعتزم إصدار المؤلف مؤلفه . فيكون المؤلف هو الملتزم إذا اعتزم إصدار مؤلفه ، أن يرفض التزام النشر على الناشر أولاً ، فإذا قبل هذا تم عقد النشر النهائي .

ومثل ذلك أيضاً أن تتعهد مدرسة أو مستشفى باستيراد ما متى أن يلزم من أثاث أو طعام من تاجر معين بالأفضلية على غيره .

(١) نظرية العقد للمؤلف ص ٢٦٢ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٢ -
الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٥٧ ص ٩٢ ص ٩٣ . وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ٨٧ -
ص ١٢١ - الأستاذ جميل الشراويز فقرة ٣١ ص ٧٠ - ص ٧١ .

واحد ، التزم بموجبه أحد الطرفين بأن يبيع شيئاً والتزم الطرف الآخر بأن يشتريه ، فيتم البيع بينهما ملزماً للجانبين على هذا النحو .

٣٨ - الوعد بالبيع وبالشراء من جانب واحد : يفرض أن صاحب

الدار يريد أن يحصل على وعد بشرائها إذا أظهر رغبته في البيع ، وكان إظهار هذه الرغبة متوقفاً على أن يعثر على أرض صالحة يشتريها بدلاً من الدار . فتقدم له شخص وعقد معه وعداً بالشراء ، التزم بموجبه أن يشتري الدار بمبلغ معين إذا أظهر صاحب الدار في مدة محددة رغبته أن يبيعها منه . فهنا تم بين الطرفين عقد وعد بالشراء ، على الوجه الذي بيناه فيما تقدم . ونفرض في الوقت ذاته أن الواعد بالشراء يتوقع ظروفاً إذا وقعت تجعل شراءه للدار أمراً هاماً ، كأن ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار فينخذ الدار سكناً له . فيحصل من صاحب الدار على وعد بيع الدار إياه إذا أظهر في مدة محددة رغبته في شرائها . فهنا أيضاً تم عقد وعد بالبيع بين نفس الطرفين بالنسبة إلى نفس الدار . وفي هذا الوعد بالبيع الواعد هو صاحب الدار ، وهو الملتزم وحده بهذا الوعد على النحو الذي قدمناه في الوعد بالبيع . أما في الوعد بالشراء فالواعد بالشراء هو الموعود له بالبيع ، وهو وحده الملتزم بهذا الوعد . في مثل هذه الحالة يكون هناك وعد بالبيع من جانب واحد ، يقترن به وعد بالشراء من جانب واحد .

قد يعترض بأن الطرفين في هذه الحالة إنما يتعاقدان على وعد بالبيع وبالشراء ، وأن الوعد بالبيع ملزم لأحد الطرفين ببيع الدار ، والوعد بالشراء ملزم للطرف الآخر بشرائها ، فيكون الوعد بالبيع وبالشراء ملزماً للجانبين ، هذا بالشراء وذاك بالبيع ، ويكون في حقيقته بيعاً نهائياً أبرمه الطرفان . ولكن هذا الاعتراض لا أساس له ، لأن الطرفين لم يريداً هذا الوضع ، وإنما أرادا أن يلتزم أحدهما ببيع الدار إذا أراد الآخر شراءها وتوافرت عنده الأسباب لهذا الشراء ، وأن يلتزم الآخر بشرائها إذا أراد الأول بيعها وتوافرت عنده الأسباب لهذا البيع . والفرق بين الوضعين كبير . والدليل على ذلك أنه في الوضع الذي نحن فيه — الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد — قد لا يتم البيع النهائي أصلاً ، وبكفى لذلك ألا تتوافر الأسباب عند

الطرف الأول لبيع الدار ، ألا يجد الأرض الصالحة التي يشتريها لتحل محل الدار ، فلا يظهر رغبته في البيع في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالشراء وفي الوقت ذاته لا تتوافر الأسباب عند الطرف الآخر لشراء الدار ، ألا ينتقل إلى المدينة التي فيها الدار ، فلا يظهر رغبته في الشراء في الميعاد المحدد ، ومن ثم يسقط الوعد بالبيع . فإذا ما سقط كل من الوعد بالبيع والوعد بالشراء ، فإن البيع النهائي لن يتم ، ويكون كل من الوعدين قد أدى الغرض الذي أريد به تحقيقه وسقط بعد أن أدى هذا الغرض . وهذا الوضع يختلف تماماً عن وضع الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، كما سئى .

ومن ذلك يتبين أنه إذا عقد كل من الطرفين مع الطرف الآخر وعدا بالبيع ملزماً لجانب واحد ووعدا بالشراء ملزماً لجانب واحد ، أخذ كل وعد من هذين الوعدين حكمه فالوعد بالبيع ينقصد على الوجه الذي سبق أن قررناه ، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة صاحب الدار بأن يبيعها من الموعد له إذا رغب هذا في شرائها . فإذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء تم البيع النهائي وأصبح الموعد له مشترياً للدار ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في الميعاد المحدد سقط الوعد بالبيع . والوعد بالشراء ينقصد أيضاً على الوجه الذي بيناه ، فإذا ما انعقد صحيحاً رتب التزاماً في ذمة الواعد بالشراء بأن يشتريها إذا رغب صاحب الدار في بيعها . فإذا أظهر هذا رغبته في البيع في الميعاد - وقد يكون نفس الميعاد المتفق عليه في الوعد بالبيع كما قد يكون أطول منه أو أقصر - تم البيع النهائي ، وإذا لم يظهر هذه الرغبة في البيع في الميعاد المحدد سقط الوعد بالشراء . فالبيع النهائي يتم إذن في أحد فرضين : إما بأن يظهر - ب - الدار رغبته في بيع الدار ، وإما بأن يظهر الطرف الآخر رغبته في شرائها . فإذا لم يظهر هذا رغبته في الشراء ، ولم يظهر ذلك رغبته في البيع ، فإن البيع النهائي لن يتم كما سبق القول .

٣٩ - الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين : قدمنا أن الوضع في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين يختلف عن الوضع السابق في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد . ففي الوعد بالبيع والشراء الملزم للجانبين - وهذا

هو العقد الابتدائي كما سنرى - يلتزم صاحب الدار ببيعها للطرف الآخر، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بشرائها منه (١). فعندنا هنا عقد واحد ملزم للجانبين، أما في الوضع السابق فيوجد عقدان كل منهما ملزم لجانب واحد. ولما لا بد أن يتم البيع، بل هو قد تم فعلا فقد التزم صاحب الدار ببيعها والتزم الطرف الآخر بشرائها فتم البيع ملزماً للجانبين (٢)، أما في الوضع السابق فقد لا يتم البيع أصلاً كما قلنا.

يبقى إذن أن نعرف لماذا لجأ الطرفان في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين إلى عبارة الوعد وهما في الحقيقة يبرمان بيعاً تاماً؟ السبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات عملية محضة، فقد أراد الطرفان إبرام بيع تام، وسمياه بالوعد لأنهما يعتبران أن هذا البيع التام ليس هو البيع النهائي. فقد يريد المشتري، بعد أن قيد البائع بالبيع وتقيده هو بالشراء، أن يبحث عن حالة الدار من حيث ترتب حقوق عليها، فإذا ما رآها خالية من التكاليف استبدل بالوعد البيع النهائي، وإلا طلب الفسخ (٣). وقد يريد المشتري، بعد إبرام الوعد على النحو الذي قررناه، أن يتسع له الوقت لتدبير الثمن، حتى إذا ما دبره أبرم البيع النهائي. وقد يكون الأمر لا هذا ولا ذاك، ولكن تسجيل البيع يفتضي إجراءات تستغرق مدة من الزمن - وبخاصة إذا كان أحد الطرفين قاصراً حيث يضاف إلى إجراءات التسجيل إجراءات الحصول على إذن من المحكمة - ولكن يريد كل من الطرفين أن يقيد الآخر بعقد ابتدائي هو هذا الوعد، وذلك إلى أن تتم الإجراءات اللازمة فيبرما البيع النهائي.

فألوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين هو إذن بيع تام، ترتب عليه كل

(١) ولو ضمنا (استئناف مخطط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٢١٠).

(٢) استئناف مخطط ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٣٥.

(٣) ويلجأ المشتري عادة إلى الكشف عن حالة العقار في مصلحة الشهر العقاري، كما يصد إلى تحقيق مستندات ملكية البائع للمبيع حتى يتثبت من أنه مالك لما يبيع (استئناف مخطط ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢١٤ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٩٨ - ١٤ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٥ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٩٢ - ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٧٩).

الآثار التي تترتب على البيع (١). وسنرى ذلك تفصيلاً عند الكلام في البيع الابتدائي ، لأن هذا الوعد ليس إلا بيعاً ابتدائياً كما قدما . وإلى هذا المعنى تشير المادة ١٥٨٩ من التقنين المدني الفرنسي ، إذ تقول : « الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والثمن » (٢) . وقد اختلف الفقه في فرنسا في تفسير هذا النص ، ولكن الكثرة الغالبة من الفقهاء يفسرونه بحسب معناه الظاهر ، وهو أنه إذا وعد شخص آخر بالبيع ووعد الآخر الأول بالشراء ، واتفقا على المبيع والثمن ، فهذا هو البيع الكامل . ويستوى أن يبيع الشخص أو أن يعد بالشراء ، وعبرة « الوعد » مادامت منجزة وصادرة من الطرفين لتلزم كلا منهما في الحال لا تخلف عن عبارة « البيع والشراء » (٣) . وإذا كان التقنين المدني الفرنسي قد عني بإبراز هذا المعنى الواضح في نص خاص ، فإن ذلك يرجع إلى أسباب تاريخية تتصل بالقانون الفرنسي القديم (٤) .

(١) وإذا امتنع البائع عن تمكين المشتري من التسجيل ، جاز للمشتري إجباره على ذلك برفع دعوى صحة التعاقد (استئناف مخطط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦) .

(٢) وهذا هو الأصل الفرنسي للنص : Art. 1589 C.C.F: La promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

(٣) لوران ٢٤ - فقرة ٢١ - جيوار ١ - فقرة ٧٧ - لاروميير ١ م ١١٣٨ - فقرة ١١ - كولييه دي سانتير ٧ - فقرة ١٠ - مكررة ثانياً - أوبري ورو ٤ - فقرة ٣٤٩ - هاشر رقم ٧ - بودري وسينيا فقرة ٦٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ - فقرة ١٧٥ - كولان دكايتان ٢ - فقرة ٨٢٤ . أنظر مكس ذلك : تولىه ٩ - فقرة ٩٢ - ترولون في البيع فقرة ١٢٥ - ماركاديه ٦ م ١٥٨٩ - فقرة ٥ - فقرة ٦ .

وأنظر بلانيول (فقرة ١٤٠٠) حيث يذهب إلى أن المادة ١٥٨٩ فرنسي إنما تعني الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد ، وأنه يتحول إلى بيع كامل إذا تم الاتفاق نهائياً على المبيع والثمن ورضى المشتري بالشراء ، فيتم الاتفاق عندئذ على جميع عناصر البيع .

(٤) ذلك أن البيع في القانون الفرنسي الذي كان لا ينتقل الملكية بحكم العقد كما قدما ، والتسليم هو الذي كان ينقلها . ثم ألف الناس في التعامل أن يذكروا في عقود البيع أن التسليم قد تم (clause de dessaisine saisine) ، تنتقل الملكية بهذا التسليم لا بالعقد . ثم صارت هذه العبارة من الشروط المألوفة في عقود البيع ، ولو لم يتم التسليم بالفعل ، ذكرت الملكية تنتقل على أساس هذا التسليم الصوري . هذا كله كان يقع في عقد البيع . أما إذا استعمل المتبايعان عبارة الوعد ، فوعد البائع بالبيع ووعد المشتري بالشراء ، فلم يكن مألوفاً في التعامل أن يمتد شرط التسليم الصوري إلى هذا الوعد . فبقى الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين لا ينتقل به

ثانياً - البيع الابتدائي

٤٠ - صور ثلاث للبيع الابتدائي : قدمنا (١) أنه يمكن أن تصور

مرحلة ابتدائية في البيع في إحدى الصور الثلاث الآتية :

أولاً - يتفق الطرفان على مشروع كامل لعقد البيع ، ولكنهما لا يلتزمان فوراً بهذا المشروع ، فيبقى مشروعاً غير ملزم . ثم يحولان المشروع إلى عقد بيع ملزم في صورة نهائية ، في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية . وعند ذلك يكون هناك بيع ابتدائي هو هذا المشروع غير الملزم ، يتلوه بيع نهائي هو عقد البيع الملزم الذي أبرماه بعد ذلك . وغنى عن البيان أن هذه الصورة لا تبرز خصائص البيع الابتدائي ولا خصائص البيع النهائي . فالمشروع الذي سماه الطرفان بالبيع الابتدائي غير ملزم لأحد كما قدمنا ، ولا يستطيع أى من الطرفين أن يجبر الآخر بموجب هذا المشروع على إبرام البيع النهائي . ومن ثم يحسن عدم الوقوف عند هذه الصورة وعدم تسمية المشروع بيعاً ابتدائياً ، فهو ليس ببيع أصلاً لأنه مشروع غير ملزم . كذلك يحسن عدم تسمية البيع إذا أبرم تنفيذاً للمشروع بالبيع النهائي ، إذ لم يتقدمه بيع ابتدائي يجعله هو نهائياً ، بل تقدمه مشروع غير ملزم ، فهو بيع فحسب . وإنما يتميز عن غيره من البيوع بأنه قد سبقته مفاوضات ومساومات انتهت إلى مشروع محدد ، ثم أبرم البيع بعد ذلك دون أن يتقيد الطرفان بالمشروع ، فلهما أن يغيرا فيه ماشاءا ، بل لهما أن يعدلا عنه بتاتاً ولا يبرما البيع .

= الملكية ، لا بنفسه لأن العقد كان لا ينتقل للملكية ، ولا يحكم شرط التسليم الصوري لأن هذا الشرط لم يكن مألوفاً إدراجاً في هذه الصورة من البيع . فلما أصبح العقد ينتقل للملكية بنفسه في التقنين المدنى الفرنسى ، لم يعد هناك فرق بين البيع والوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فالعقد في الحالتين ينتقل الملكية دون حاجة إلى شرط التسليم . فأراد المشرع الفرنسى أن يبرز هذا المعنى ، فأورد نص المادة ١٥٨٩ ليقرر فيه أن الوعد بالبيع يعدل البيع إذا تراضى الطرفان على المبيع والتمن ، ويقصد أن الوعد يعدل البيع من حيث إن كلا منهما ينتقل الملك إلى المشتري ، خلافاً للقانون الفرنسى القديم حيث كان الوعد لا ينتقل الملك (أنظر فى ذلك وفى الأعمال التحضيرية للتقنين المدنى الفرنسى بوردى وسينيا فقرة ٦٠) .

(١) أنظر أيضاً فقرة ٢٢ .

ثانياً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد ، فلا يتقيد صاحب الدار ببيعها إلا إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء ، ولا يتقيد الطرف الآخر بالشراء إلا إذا أظهر صاحب الدار رغبته في البيع . فإذا رغب الموعود له في البيع أو في الشراء ، تم البيع النهائي على الوجه الذي قدمناه في الوعد بالبيع وبالشراء الملزم لجانب واحد . وعما يمكن القول إن هناك عقد بيع نهائي هو البيع الذي تم باظهار صاحب الدار رغبته في البيع ، أو باظهار الطرف الآخر رغبته في الشراء . ولكن لا يمكن القول إن هذا البيع النهائي قد سبقه بيع ابتدائي ، وإنما سبقه وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .

ثالثاً - يتفق الطرفان على وعد بالبيع وبالشراء ملزم للجانبين ، وهذه هي الصورة العملية الصحيحة لما يسمى بالعقد الابتدائي (١) . ويتلو هذا البيع الابتدائي بيع نهائي ، يرم في ميعاد محدد يتفق عليه (٢) . وقد سبق أن استعرضنا الاعتبارات العملية المختلفة التي تدعو إلى إبرام البيع على مرحلتين ، مرحلة ابتدائية ومرحلة نهائية (٣) .

والفرق واضح بين هذه الصورة الأخيرة والصورتين السابقتين . ففي إحدى الصورتين السابقتين قد رأينا أنه لا يوجد في الواقع من الأمر بيع ابتدائي وبيع نهائي ، وإنما يوجد بيع واحد هو الذي أبرمه الطرفان تنفيذاً للمشروع الذي أعد من قبل . والصورة الأخرى ليست إلا صورة الوعد بالبيع وبالشراء

(١) وقد اقتصرنا على هذه الصورة في الجزء الأول من الوسيط عند الكلام في الوعد بالتعاقد ، فجعلنا الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والعقد الابتدائي شيئاً واحداً (الوسيط) ١٢ - ١٣ - ١٤ . ولم نشر هناك إل الوعد بالتعاقد الصادر من كل الطرفين والملزم لجانب واحد ، وذلك لندوته في العمل . وقد اتسع له المقام عند الكلام في البيع ، لأنه إذا تحقق عملياً فإنما يتحقق في صورة وعد بالبيع وبالشراء ملزم لجانب واحد .

(٢) أما البيع الذي اشترط البائع تمامه دفع الثمن كاملاً أو دفع قسط منه فيجب ألا يكون بيعاً ابتدائياً ، بل هو بيع معلق على شرط واقف (قانون المرافعات المحلطة ١٩٠٩ - مارس سنة ١٩١٢ م ٢٥٥ ص ٢٢٥) .

(٣) من بين هذه الاعتبارات توفير الوقت اللازم للمشتري ليتحقق من حالة البائع المبيع ، أو الثبوت من مستندات ملكية البائع ، أو تدوير الثمن ، أو الانتهاء من إجراءات التسجيل (أنظر أيضاً فقرة ٢٩) .

للملزم لجانب واحد . أما الصورة الثالثة ، صورة الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين ، فهذه هي الصورة الصحيحة للبيع الابتدائي .

فتقف إذن عند هذه الصورة الأخيرة لنفصل ما يتعلق بها من الأحكام ، وننبه منذ الآن إلى أننا إذا أطلقنا عبارة « البيع الابتدائي » فأنما نريد هذه الصورة دون غيرها .

٤١ - البيع الابتدائي في صورة الصيغة الصحيحة : قلنا إن الطرفين يعتقدان بيعاً ابتدائياً (١) ، ويحددان ميعاداً يتفقان عليه لإبرام البيع النهائي مكتوباً في ورقة عرفية أو في ورقة رسمية (٢) . فننظر الآن في الآثار التي تترتب على هذا البيع الابتدائي ، ثم ننظر ماذا يكون مصير هذا البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي .

٤٢ - الآثار التي تترتب على البيع الابتدائي : إذا كان البيع الابتدائي يعتقد صحيحاً بنفس الأركان وشروط الصحة التي يعتقد بها البيع صحيحاً ، فإنه أيضاً يترتب عليه من الآثار ما يترتب على البيع (٣) . فالبايع قد التزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٤) ، والتزم نحوه بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . والمشتري قد التزم بدفع الثمن والمصروفات وتسليم المبيع . وأهم ما يسترعى النظر في العقد الابتدائي - وهذا ما يميزه عن

(١) أنظر استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٥٦ - ٣ نولبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٢٣ .
(٢) ويطلب أن يصاغ البيع الابتدائي بحيث يلتزم فيه البائع أن يبيع والمشتري أن يشتري ، دون أن يذكر فيه لفظ « الوعد » ، شأن البيع الابتدائي في ذلك شأن البيع النهائي . وهذا يدل على أن المتبايعين قصداً بالبيع الابتدائي بيعاً كاملاً باتاً متجاً لجميع آثاره .
(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن وصف العقد بأنه عقد ابتدائي ، أخذاً بالعرف الذي جرى هل إطلاق هذا الوصف على عقود البيع التي لم تراعى في تحررها الأرضاع التي تطلبها قانون التسجيل ، هذا الوصف لا يحول دون اعتبار البيع باتاً كاملاً ، متى كانت صيغته دالة على أن كلا من طرفيه قد أكرم نفسه الوفاء بما التزم به على وجه قطعي لا يقبل المداول (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة ممر ٥ رقم ١٢٨ ص ٢٨٢) .
(٤) استئناف مختلط ٦ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٠٤ .

عقد البيع بـ عام - أن كل هذه الالتزامات لا يقصد تنفيذها في الحال ، بل تبقى موقوفة إلى حين تحرير العقد النهائي . إذ المفروض أن المتبايعين ، بتسميتهما العقد بيعاً ابتدائياً ، إنما أرادوا أن البائع لا يطالب بالثمن - قبل هذا ما قد يتفق عليه من عيوب - حتى يحرر البيع النهائي ، وأن المشتري لا يطالب بتسليم المبيع ولا بريعه حتى هذا الوقت . ويزيد البيع الابتدائي في آثاره أنه ينشئ التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في الميعاد المتفق عليه (١) .

ويترتب على ما قدمناه نتيجتان عمليتان هامتان :

(الأولى) لما كان البيع الابتدائي ينشئ كل آثار البيع ، فإن الشفعة تجوز فيه وتستحق من وقت صدوره . فإذا بيع عقار يماً ابتدائياً ، وكان لهذا العقار شفع ، استطاع الشفع أن يطلب الأخذ بالشفعة من وقت صدور البيع الابتدائي ، وتسرى مواعيد الشفعة من هذا الوقت (٢) .

(والثانية) لما كان البيع الابتدائي ينشئ - إلى جانب الالتزامات التي ينشئها البيع عادة - التزاماً في ذمة كل من الطرفين بإبرام البيع النهائي في خلال مدة معينة ، وهذا الالتزام هو التزام بعمل ، فإنه إذا امتنع أحد الطرفين دون مبرر (٣) .

(١) وقد كان من الممكن أن يكيف البيع الابتدائي بأنه سقد يقتصر على إلزام كل من الطرفين أن إبرم البيع النهائي في ميعاد معين ، فهو ينشئ في ذمة كل منهما التزاماً يسمى (obligation de faire) لا التزاماً بإعطاء (obligation de donner) . فإذا امتنع أحد عن إبرام البيع النهائي ، استصوب الآخر حكماً يقوم مقام هذا البيع ، على النحو الذي رأيناه في الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد (أنظر بدران ١١ فقرة ٣٢) . ومنفصل هذا التكيف أنه لا تجوز الشفعة في البيع الابتدائي ، ولكن القضاء المصري قد استقر على جواز الشفعة فيه ، ومن ثم يكون التكيف الذي نقول في المتن موافقاً مع القضاء المصري .

(٢) استئناف مخطط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٧ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٩ - ١٩ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢١٤ .

(٣) ومن المبررات أن يجه المشتري العقار المبيع متغلاً بحقه بحيث لم تزد الإدارة إليه في البيع الابتدائي ، فيحق للمشتري في هذه الحالة الامتناع عن إبرام البيع النهائي وفسخ البيع الابتدائي . وقد قضت محكمة الاستئناف المنطقة بأن المشتري أن يمتنع عن تحرير سند النهائي ومن دفع الثمن إذا تبين له أثناء الأجل أن المبيع مثقل بمقوى معينة لم يخطره بها "بائع" (٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٤٥ ص ٢٢٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٠٤ م ٤٧ ص ١٤٣ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ٤٨ ص ٤٥) . وقضت أيضاً بأن المشتري فيسح البيع الابتدائي إذا امتنع البائع عن تقديم التزامه بتسليم مستندات الملكية (٤ يناير سنة ١٩٠٥ م ٤٧ ص ٩٢) .

عن القيام بالتزامه من إبرام هذا العقد ، جاز للطرف الآخر إجباره على القيام بهذا الالتزام . والسبيل إلى ذلك هو أن يستصدر حكماً ضده بوقوع البيع أو بصدقه التعاقد ، وهذا الحكم نرم مقام العقد النهائي ، وإذا كان المبيع عقاراً سجل هذا الحكم فتنقل ملكية العقار إلى المشتري بتسجيله (١)

٤٣ - مصير البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي : قدمنا أن

كلا من الطرفين ملزم بإبرام البيع النهائي ، وأنه يجبر على ذلك باستصدار حكم ضده ، فما هو مصير البيع الابتدائي بعد إبرام البيع النهائي ؟ ينسخ البيع النهائي البيع الابتدائي ويحل محله ، فلا يبقى إلا هذا البيع النهائي لتنظيم العلاقات بين المتبايعين (٢) . ويمكن القول إن إبرام البيع النهائي يكون بمثابة تقايل (٣) من البيع الابتدائي ، فيعتبر البيع الابتدائي كأن لم يكن ، ولا يكون هناك إلا البيع النهائي . وما يترتب على ذلك من النتائج ما يأتي

١ - تاريخ البيع هو تاريخ البيع النهائي ، لأنه هو البيع الوحيد القائم ما بين الطرفين ، ولا عبرة بتاريخ البيع الابتدائي فهذا بيع قد نسخ كما قدمنا (٤) .

(١) وليس هذا إلا تطبيقاً للمادة ٢١٠ مدني إذ تقول : « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ ، إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه عند وجود بيع رسمي اتفق فيه الطرفان نهائياً على شروط البيع ، يجب أن تزول جميع الاتفاقات والعقود التي سبقت هذا البيع النهائي . فإذا استحدث البيع النهائي تعديلاً في الشروط التي كانت مذكورة في البيع الابتدائي أوفى دفتر العطاء ، فالعبرة بالشروط المعدلة التي استقرت في البيع النهائي (١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦١) . ومع ذلك يمكن الاعتداد بالبيع الابتدائي في تفسير ما غرض من الشروط في البيع النهائي ، على أن يكون ذلك مجرد تفسير لا يستحدث جديداً في شروط البيع النهائي ولا يتعارض في شيء مع هذه الشروط (استئناف مختلط ١٧ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١١٦) فإذا كان العقد الابتدائي منصوصاً فيه على أن المبيع هو قطعة أرض مقام عليها منزل . ولم يذكر العقد النهائي هذا المنزل على وجه التعيين ، جاز استخلاص اشتغال المبيع على المنزل أيضاً من مراجعة العقد الابتدائي (نقض مدني ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٤ ص ٤٧٢) .

(٣) أما إذا كانت شروط البيع النهائي هي نفس شروط البيع الابتدائي ، فإن البيع النهائي يكون بمثابة تثبيت للبيع الابتدائي (قارب بلانيول وريبير وعامل ١٥ فقرة ١٧٤) .

(٤) وترتب على ذلك أن البيع إذا كان واقعاً على عقار ملوئاً لشخص لا تتوفر فيه الأهلية ، فقرة دبر ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس (م ٢/١٢٥ مدني) يكون وقت صدور البيع النهائي لا وقت صدور البيع الابتدائي .

٢ - يجوز أن يختلف البيع النهائي في شروطه عن البيع الابتدائي ، ولكن ذلك لا يكون إلا باتفاق الطرفين . فيجوز أن يتفقا على تعديل في مقدار الشيء المبيع ، أو تعديل في الثمن ، أو تعديل في سائر شروط البيع الابتدائي ، ولا قيد عليهما في ذلك إلا وجوب اتفاقهما عليه (١) . فإذا امتنع أى منهما عن قبول تعديل في شروط البيع الابتدائي ، التزم الآخر بهذه الشروط دون تعديل ، ووجب عليه إمضاء البيع النهائي بالشروط نفسها التي تم بها البيع الابتدائي .

٣ - إذا اتفق الطرفان على أن يكون البيع النهائي مكتوباً في ورقة رسمية ، فإن البيع يكون رسمياً حتى لو كان البيع الابتدائي مكتوباً في ورقة عرفية أو غير مكتوب أصلاً . ومن ثم يستطيع البائع أن ينفذ بالتسليم بموجب الورقة الرسمية التي حررت بالبيع النهائي ، كما يستطيع المشتري أن ينفذ بتسليم المبيع بموجب هذه الورقة (٢) .

٤ - إذا كان البيع الابتدائي قد نسخ كما قدمنا بأثر رجعي ، فإن هذا النسخ لا يجوز أن يمس حقوق الغير . فإذا كان الشفيع قد طلب الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، بقي حقه في الشفعة قائماً وبشروط البيع الابتدائي ، حتى بعد إبرام البيع النهائي ، وحتى لو تغيرت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي . وإذا كان المشتري بعقد ابتدائي قد آجر العين إلى اشتراها ، بقي ملتزماً بهذا

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم فيما حصله من وقائع الدعوى لتحديد التزامات كل من طرفي التعاقد توطئة معرفة المقصر منهما قد رجع إلى عقد البيع الابتدائي دون العقد النهائي الذي اختلفت شروطه عن العقد الابتدائي ، وبه استقرت العلاقة بين الطرفين ، فإنه يكون قد خالف القانون بعدم أخذه بهذا العقد الذي يكون هو قانون المتعاقدين (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٤ ص ٣٠٣ . وانظر أيضاً : نقض مدني ٢٠ يولييه سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ . استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧ : ذكرت ملحقات للأرض في البيع الابتدائي ولكنها لم تذكر في البيع النهائي) . انظر أيضاً الأستاذ أنور سلطان فقرة ٨٥ ص ١٠٩ - استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩١ . وإذا فلا البيع النهائي من الشرط الجزائي الوارد في البيع الابتدائي ، دل ذلك على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط (نقض مدني ٩ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥ ص ٦٢) .

(٢) ومن وقت إبرام البيع النهائي ، يستطيع البائع أن يطالب المشتري بالتسليم إذا كان معجلاً ، بل وإن امتنع عن إبرام البيع النهائي إذا لم يقض الثمن في مجلس استقراء . وكذلك يستطيع المشتري من هذا الوقت أيضاً أن يطالب البائع بتسليم المبيع وبريده ، وهذا ما لم يكن هناك عيباً ماداً آخر متفق عليه للتسليم ولاستحقاق الربيع ، أو ما لم يوجد نص في القانون يفرض بغيره .

الإيجار حتى بعد إيداع البيع الابتدائي بالبيع النهائي . وإذا كان المشتري قد تصرف في البيع ، بنى أيضاً ملزماً بهذا التصرف ، حتى بعد إبرام البيع النهائي .

٥ - ويبدو أن الشفع إذا غابته الأخذ بالشفعة في البيع الابتدائي ، جاز له الأخذ بالشفعة في البيع النهائي وفي عراعيد هذا البيع . ولكن إذا عوأسقط شفيعته بعد علمه بالبيع الابتدائي ، بأن نزل عنها أو ترك المواعيد تفوت ، لم يستطيع بعد ذلك الأخذ بالشفعة في البيع النهائي ، إلا إذا اختلفت شروط البيع النهائي عن شروط البيع الابتدائي ، وبخاصة إذا أنقص الثمن . وذلك أن الشفع إذا كان قد نزل عن حقه في أخذ المبيع بالشفعة بثمن معين ، فإن هذا لا يستلزم حتماً أنه قد نزل عن حقه في أخذ هذا المبيع بالشفعة بثمن أقل .

ثالثاً - البيع بالعربون

٤٤ - الصورة الصمائية للبيع بالعربون : أكثر ما يقع الاتفاق على العربون (arrhes) في البيع الابتدائي في الصورة التي بسطنا أحكامها فيما تقدم . فيبرم المتعاقدان بيعاً ابتدائياً ، ويحددان ميعاداً لإبرام البيع النهائي ، يرتفعان في البيع الابتدائي على عربون يدفعه المشتري للبائع . فإذا امتنع المشتري عن إبرام البيع النهائي في الميعاد المحدد ، تخسر العربون الذي دفعه للبائع ، ومسقط البيع الابتدائي . وإذا كان الذي امتنع عن إبرام البيع النهائي هو البائع ، ترتب على امتناعه نفس الجزاء المتخادم ، فيسقط البيع الابتدائي ، ويخسر البائع قيمة العربون بأن يرد للمشتري العربون الذي أخذ منه ومنه مثله .

٤٥ - أعلام البيع بالعربون : وقد ورد نص في التعاقد بالعربون بوجه عام ، فقد نصت المادة ١٠٣ من التقنين المدني على أن : ١ - دفع العربون يثبت إبرام العقد يثبت أن لكس من المتعاقدين ألتق في العداول عنه ، إلا إذا اتفقوا على خلاف ذلك . ٢ - فإذا عدل من دفع العربون ، فقد ، وإذا عدل من قبله رد العربون ، فلما ولو لم يترتب على العدول أي ضرر (١) . ونقول

(١) أنظر في تاريخ هذا النص الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ في الخامس .

الآن تطبيق هذا النص على عقد البيع بالذات ، بعد أن شرحناه فيما يتعلق بالتعاقد بوجه عام (١) .

والذي يقع عادة هو أن يعطى المشتري للبائع مبلغاً من النقود يسميه عربوناً ، ويعتبره مبدئياً جزءاً من الثمن . ويكون لدفع العربون على هذا الوجه إحدى دالتين : فاما أن يكون غرض المتبايعين حفظ الحق لكل منهما في العدول عن البيع في نظير أن يدفع قيمة العربون للطرف الآخر ، وإما أن يكون الغرض هو تأكيد العقد والبت فيه عن طريق البدء في تنفيذه بدفع العربون فلا يكون لأحد من المتبايعين حق العدول عن البيع .

ولم يكن التقنين المدني السابق يشتمل على نص يغلب إحدى هاتين الدالتين على الأخرى عند الشك ، فكان القضاء المصري يتردد بينهما ويفسر لية المتبايعين بحسب العرف الجاري . والعرف في مصر يجعل دلالة العربون في البيع الابتدائي جواز العدول ، وفي البيع النهائي التأكيد والبت (٢) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٠ - فقرة ١٤٢ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١٤١ - وقد قضت محكمة النقض بأن العربون ما يقدمه أحد المتعاقدين إلى الآخر عند إنشاء العقد . وقد يريد المتعاقدان بالاتفاق عليه أن يجعلها عقداً مبرماً بينهما على وجه هائي ، وقد يريدان أن يجعلها لكل منهما الحق في انقضاء العقد أو نقضه . ونية المتعاقدين هي وحدها التي يجب التعويل عليها في إعطاء العربون حكمه القانوني . وعلى ذلك إذا استخلص الحكم من نص صريح العقد أن نية عاقديه انعقدت على تمامه ، وأن المبلغ الذي وصف فيه بأنه عربون ما هو في الواقع إلا قيمة التعويض الذي انتفا على استحقاقه عند الفسخ المسبب عن تقصير أحد المتعاقدين في الوفاء بما التزم به ، وكان ما استظهرته محكمة الموضوع من نية المتعاقدين على هذا النحو تفسيراً للعقد تحتمله عباراته ، فذلك يدخل في سلطاتها التقديرية التي لا تخضع فيها رقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٥٢ ص ١٢٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن العربون في العقد الابتدائي دليل على جواز العدول ، وفي العقد النهائي دليل على البتات (٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٢ - ٧ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ١١ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٤٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٢٢ ص ٧٤ - ٤ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٣٨ ص ١١ - ٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - وانظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مصر ٢١ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٩ ص ٦٥ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٩٠ ص ١٢٦) . وهناك أحكام تقضي بأن العربون في حالة الشك يدل على جواز العدول (استئناف مصر =

ثم جاء التقنين المدني الجديد بالنص الذي قدمناه - م ١٠٣ مدني - يقيم قرينة قانونية تقبل إثبات العكس . وتقضي هذه القرينة بأن الأصل في دفع العربون أن تكون له دلالة جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً أن دفع العربون معناه البت والتأكيد والبدء في تنفيذ العقد . وقد قدمنا أن العربون لا يدفعه المشتري عادة للبائع إلا عند توقيع البيع الابتدائي ، أما عند توقيع البيع النهائي فالذي يدفع هو الثمن إذا كان معجلاً أو قسط منه إذا كان مقسطاً أو لا يدفع منه شيء أصلاً إذا كان مؤجلاً . فنقتصر على الصورة العملية التي يدفع فيها المشتري العربون للبائع عند توقيع العقد الابتدائي .

فاذا لم يتبين من العقد الابتدائي ماذا قصد المتبايعان من حيث دلالة العربون ، فهناك قرينة قانونية كما قدمنا على أن العربون يراد به أن يكون لكل من المتبايعين

= ٣١ كتربر سنة ١٩٣٩ المحامة ٢١ رقم ٢٦ ص ٣٥ - القضاء المستعجل ٢٨ مارس سنة ١٩٤٠ المحامة ٢١ رقم ٢٦ ص ١١١ - استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٣ - ٣١ مارس ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٦٤) . أحكام تقضي على العكس من ذلك بأن العربون في حالة الشك يكون دليلاً على البت ويكون بمثابة شرط جزائي (استئناف مصر ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المحامة ، رقم ١٢٢/٣ ص ٤٨٦ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ المحامة ١٣ رقم ٧/١٣٢ ص ٢٩٢) وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن دلالة العربون ، وقد تكون لتأكيد العقد لا لجواز العدول عنه ، ترك لتفسير نية المتعاقدين (٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٥٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان العربون دليل العدول لوقت معين ، لم يجر العدول بعد انقضاء هذا الوقت . أما إذا لم يمين وقت لجواز العدول ، جاز العدول إلى وقت التنفيذ . ولا تجوز إساءة استعمال الحق في العدول ، فالبايع الذي أظهر نيته في أن يمين في العقد دون استعمال حقه في العدول ، وأخذ يقوم بالإجراءات اللازمة لإتمام العقد حتى أوشك على إتمامها ، ثم عدل بعد ذلك فجأة ، لا يقتصر على خسارة العربون ، بل يجب أيضاً أن يدفع تعويضاً لإساءة استعمال حقه في العدول (٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبقَت الإشارة إليه) . وقضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأنه وإن كان لكل من الطرفين حق الخيار في الرجوع مع خسارة قيمة العربون ، إلا أنه لا يجوز التماهي في ذلك الحق إلى أجل غير محدود ، فإن كان المتعاقدان قد حددوا ميعاداً لنقض البيع مقابل ترك العربون فلا دوام لهذا الحق إلا لغاية الأجل المضروب بحيث إذا انقضى الميعاد سقطت حقهما في النقص . فإن لم يكن ثمة ميعاد فيدوم خيار النقص ، إما إلى حين تنفيذ العقد كما لو سلم البائع البيع للمشتري أو دفع المشتري للبائع أقساطاً من الثمن ، وإما إلى أن يكلف أحد المتعاقدين الآخر تكليفاً رسمياً بتنفيذ الاتفاق أو إبداء رغبته في نقضه مقابل خسارة العربون ، حتى لا يبقى التعاقد معلقاً إلى أجل غير مسمى (٨ فبراير سنة ١٩٤٨ الجمهورية الرسمية ٤٠ رقم ١١٤) .

حق الرجوع في البيع وعدم إبرام البيع النهائي . وفي هذه الحالة يستطيع المشتري أن يرجع في البيع . فيخسر العربون الذي دفعه إلى البائع ولا يسترده منه في نظير هذا الرجوع (١) . ولا يعتبر العربون تعويضاً عن ضرر أصاب البائع ، بل هو جزاء حتمي يدفعه من عدل عن البيع للطرف الآخر حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر كما هو صريح النص .

كذلك يستطيع البائع أن يرجع في البيع ، ويكون الجزاء على هذا العدول هو كما قدمنا أن يدفع للمشتري قيمة العربون ، فيرد له أولاً العربون الذي أخذه منه ثم مقداراً معادلاً له هو الذي يستحقه المشتري فوق استرداده لما دفعه وهذه القرينة القانونية التي استحدثها التقنين الجديد تسري من وقت العمل بهذا التقنين ، فلا يعمل بها إلا في عقود البيع التي تمت منذ ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

وقد بين البيع الابتدائي دلالة العربون . فإذا بينها على أنها لجواز العدول عن البيع ، كان الحكم الذي قدمناه . وإذا بينها على أنها للبت والتأكيد ، لم يجوز لأي من المتبايعين الرجوع في البيع ، واعتبر العربون المدفوع جزءاً من الثمن ، وجاز لأي من الطرفين إلزام الطرف الآخر بإبرام البيع النهائي (٢) .

(١) وهذا على أن يكون رجوعه في المدة المتفق عليها إذا حدثت مدة الرجوع ، فإذا انقضت هذه المدة سقط حق الرجوع وتؤكد العقد ، وأصبح العربون جزءاً من الثمن . أما إذا لم تحد مدة الرجوع ، فالمشتري الرجوع في أي وقت إن يوم التنفيذ ، وجزاء رجوعه هو خسارة العربون كما قدمنا (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ - ٨ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٣٩) . على أن المشتري ، حتى في خلال المدة التي يجوز له الرجوع فيها ، إذا أظهر نيته في إتمام العقد وتنفيذه ، اعتبر أنه قد أساء استعمال حقه في الرجوع إذا رجع بعد ذلك ، وكان مسئولاً عن تعويض فوق خسارته للعربون (استئناف مختلط ٥ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢١٥ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) ويعتبر دفع العربون تنفيذاً جزئياً يجب استكمالها . ونجوز على العقد الذي أبرم القواعد العامة التي تجرى على سائر العقود من جواز المطالبة بالتنفيذ العيني أو بالتعويض أو بالفسخ . وإذا فسخ العقد ، ترتب على الفسخ تعويض فليس من الضروري أن يقدر التعويض بمقدار العربون ، فقد يكون أكثر أو أقل بحسب جسامه الضرر (الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٤) .

هذا وقد كان المشروع التمهيني لتقنين المدي الجديد يشمل على نص هو المادة ١٥٣ من هذا =

وقد بين البيع الابتدائي أن للعربون دلالة العدول بالنسبة إلى أحد المتعاقدين دون الآخر . فيجعل للبائع وحده الحق إما في إلزام المشتري بإبرام البيع النهائي ، وإما في الاقتصار على أخذ العربون مع إسقاط البيع . وكذلك قد يجعل البيع الابتدائي هذا الحق للمشتري وحده ، فيجوز له إما إلزام البائع بإبرام البيع النهائي وإما الاقتصار على استرداد العربون ومقدار مثله .

٤٦ - التكيف القانوني للعربونه : قدمنا أنه إذا كانت دلالة العربون

جواز الرجوع في البيع ، فإن العاقد الذي يرجع يلتزم بدفع قيمة العربون للعاقد الآخر . ولكن هذا الالتزام ليس تعويضاً عن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر من جراء العدول ، فإن النص صريح في أن هذا الالتزام موجود حتى لو لم يترتب على العدول أي ضرر . فالعربون إذن معناه في نظر المشرع أن المتبايعين قد أرادوا إثبات حق الرجوع لكل منهما في نظير الالتزام بدفع قيمة العربون ، فجعلوا العربون مقابلاً لحق الرجوع . ومن ثم لا يجوز تخفيض العربون إذا تبين أن الضرر الذي أصاب الطرف الآخر أقل من قيمته ، كما لا يجوز زيادته إذا تبين أن الضرر أكبر ، مالم يكن هناك تعسف في استعمال حق الرجوع فتكون الزيادة تعويضاً عن التعسف لا تعويضاً عن الرجوع في ذاته . ولا يجوز عدم الحكم بالعربون حتى إذا تبين أنه ليس هناك أي ضرر ، كما سبق القول .

فالعربون إذن هو مقابل للرجوع في البيع ، أي بدل عن هذا الرجوع .

= المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : ١ - إذا نفذ الالتزام الذي من أجله دفع العربون خصم العربون من قيمة هذا الالتزام ، فإذا استحال الخصم استرد العربون من دفعه . ٢ - ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد من المتعاقدين مسئولاً عنها ، أو إذا فسخ العقد خطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما . وقد حذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه اكتفاء بتطبيق القواعد العامة (مجموعة الأعمال التفسيرية ٢ ص ٨٠ - ص ٨٢ في الهامش) . وبديهي أنه إذا تقرر تنفيذ البيع الذي دفع فيه العربون فأصبح العربون تنفيذاً جزئياً لهذا البيع ، ثم طرأ بعد ذلك ما جعل البيع يستحيل تنفيذه لسبب أجنبي ، فإن العقد يفسخ ويجب رد العربون . وكذلك يكون الحكم لو فسخ العقد خطأ من المتبايعين كليهما لم باتفاق بينهما ، فليس أحدهما أولى بالمسئولية من الآخر ، فيرد العربون لمن دفعه (بودري وسينيا فقرة ٨٢) .

فيمكن تكييفه بأنه البديل في التزام بديل . ويكون المدين - بالعماء كان أو مشترياً - ملتزماً أصلاً بالالتزام الوارد في البيع ودائماً في الوقت ذاته بالحق الذي يقابل هذا الالتزام . ولكن تبرا ذلك من الالتزام - ويستط بداهة الحق المقابل تبعاً لذلك - إذا هو أدى العربون (١) . ويترتب على ذلك أن العربون بديل مستحق بالعمد ، فدفعه إنما هو تنفيذ للعقد وليس فسخاً له (٢) .

(١) وإذا كان العربون مقترناً بوعده بالبيع أو بالشراء ملازم لجانب واحد ، فهذا هو الالتزام البديل المحض . إذ الواعد - وهو الذي دفع العربون - يلتزم بإبرام العقد النهائي إذ ظهرت رغبة الآخر في إبرامه ، وله بدلا من ذلك أن يترك العربون وهذا هو البديل (قارن سنيا فقرة ٨٨) . أنظر أيضاً محاضرات الأستاذ حسن الذنون في نظرية العقد في القانون المدني العراقي في معهد الدراسات العربية العالية فقرة ٢٦ ص ٢٣ ، وهو يتفق معنا في هذا الرأي . ويعترض الأستاذ سليمان مرقس على تكييف العربون بأنه التزام بديل بأن : الالتزامات التي ينشأها البيع البات في ذمة البائع متعددة ولكل منها محله الخاص ، ويجوز للبائع في البيع بالعربون أن يبرأ منها جميعاً بمجرد عدوله عن البيع على أن يحل محلها التزام آخر مغاير لها هو البيع بقبضة العربون ، فلا يستقيم إعتبار ذلك التزاماً بديلاً (البيع فقرة ٤٢ ص ٦٢) . ولا نرى ما يمنع من أن يكون الحل الأصل في الالتزام البديل محلاً متعددة ، بينما يكون البديل محلاً واحداً .

(٢) وفي الفقه الفرنسي يذهب بعض الفقهاء إلى أن البيع بالعربون بيع معلق على شرط فاسخ ، فينفذ البيع في الحال ولكن يجوز لكل من المتبايعين فسخ البيع فيخسر العربون (كوليه دي سانتير ٧ فقرة ١١ مكررة تماماً وعاشراً - جيوار ١ فقرة ٢٣) . وينهب بعض آخر إلى أنه بيع معلق على شرط واقف ، فلا ينفذ إلا إذا انقضت المدة المحددة ولم يرجع أحد المتبايعين في البيع ، ومن ثم يفت انتقال الملكية إلى أن يتحقق الشرط الواقف ولكن إذا تحقق انتقلت بأثر رجعي ، وتكون تبعاً لذلك المبيع قبل تحقق الشرط الواقف على البائع في المشتري (بودري وسينيا فقرة ٨٠ - كولان ركابيشان ٢ فقرة ٨٣٨ - سرران ٢ فقرة ١٠٦٨ - وقارن : لانبول وريير وهامل ١٠ فقرة ٢٠٩ ص ٢٤٦) . وسواء اعتبر البيع معلقاً على شرط واقف أو على شرط فاسخ ، فإنه يصعب تعيين مصدر الالتزام بدفع العربون ما دام البيع يزول بأثر رجعي بتحقيق الشرط الفاسخ أو بعدم تحقق الشرط الواقف .

أنظر في معنى الشرط الواقف في الفقه المصري الأستاذ أنور سلطان فقرة ٩٠ - الأستاذ عبدالمخيم البدرأوى فقرة ١٠٦ ص ١٦٠

وانظر في أن البيع بالعربون يتضمن اتفاقين متبايعين ، أولهما الاتفاق على البيع مقترناً بشرط واقف أو فاسخ بحسب قصد المتبايعين ، والثاني اتفاق على تعيين ثمن لاستعمال الحق في العدول يلتزم بمقتضاه من يستعمل هذا الحق أن يدفع مبلغاً يوازي قيمة العربون ويعتبر هذا الاتفاق الأخير بأن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٢ ص ٦٢ .

وَيختلف العربون في كل ذلك عن الشرط الجزائي . فان الشرط الجزائي قسري ، انفق على تقديره المتعاقدان ، عن الضرر الذي ينشأ عن الإخلال بالعقد . ومن ثم جاز للقاضي تخفيض هذا التقدير إذا كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، بل جاز له ألا يحكم به أصلاً إذا لم يلحق الدائن أى ضرر ، وهذا كله بخلاف العربون (١) كما سبق القول . فالتكييف القانوني للشرط الجزائي هو

(١) ويرجع فيما إذا كان ما اتفق عليه المتعاقدان هو شرط جزائي أو عربون إلى نيتهما مستظهرة من ظروف الدعوى ووقائعها ، مما يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض . وقد قضت محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع أن يستخلص من نص عقد البيع ومن ظروف الدعوى وأحوالها أن الماقتدين قصداً به أن يكون البيع بيعاً باتاً منجزاً بشرط جزائي ولم يقصداً أن يكون بيعاً بعربون أو بيعاً معلقاً على شرط فاسخ (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٢٢ رقم ١ عمر ٩١ ص ١٦٣ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة ص ٥ رقم ٥٢ ص ١٢٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وإذا كان ثابتاً أن كل ما دفعه المشتري ، سواء أكان للبائع أم لدائنيه المسجلين على القمار ، إنما هو من الثمن المتفق عليه لا مجرد عربون يضيغ عند اختيار الفسخ ، وأن المتعاقدين قد نيتهما هذه تصرفاتهما التالية للعقد ، كان البيع باتاً خالياً من خيار الفسخ (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٢٣٠) .

وإذا كانت المحكمة لم تبين في أسباب حكمها في خصوص المبلغ المدفوع للبائع بموجب عقد البيع إن كان عربوناً فيفقده المشتري كغدية يتحلل بها عند نكوله عن إتمام ما اتفق عليه مع البائع أم أنه كان جزءاً من الثمن لا يحكم به للبائع كتعويض إلا متى ثبت خطأ المشتري وحاد سرور بالبائع ، بل قررت أن المشتري قد فقد المبلغ الذي دفعه نتيجة تقصيره في إتمام العقد سواء اعتبر المبلغ المدفوع عربوناً أو جزءاً من الثمن ، دون أن يمحى دفع المشتري ومؤداه أن عدوله عن إتمام الصفقة كان بسبب عيب خفي في المنزل المبيع سلم له به البائع ، وبسببه اتفق وإياه على استعاضة وعرض المنزل على مشتر آخر ، وكان هذا الدفاع جوهرياً يتخير به وجه الرأي في الدعوى ، فإنه كان لزاماً على المحكمة أن تعرض له وتفصل فيه ، وتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع من المشتري هو في حقيقته عربون أو جزء من الثمن لاختلاف الحكم في الحالتين ، وإذا هي لم تفعل يكون حكمها قد شابه فصور يبطله ويستوجب نقضه (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٢ ص ٤٩٥) .

ولمحكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن الذي انعقد به البيع باتاً ، أو أنه عربون في بيع منسحب بخيار العدول ، إذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب صائفة (نقض مدني ٢٢ مارس ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٥ ص ٣٦٩) .

ومتى كان قد نص في عقد البيع صراحة على أن المشتري دفع عربوناً وحدد مقداره والحالة =

نفس التكييف القانوني للتعويض ، ولا يجوز القول بأن التعويض بدل في التزام بدلي ، لأن المدين لا يملك أن يؤديه بدلا من تنفيذ الالتزام الأصلي تنفذاً حقيقياً إذا كان هذا التنفيذ ممكناً وطالب به الدائن (١) .

المطلب الثاني

التابع بطريق النيابة

٤٧ - جواز التابع بطريق النيابة ونظير القواعد العامة :
يجوز التابع بطريق النيابة صائر البيع نائب عن البائع ، أو ياتر الشراء نائب عن المشتري ، أو ياتر كلا من البيع والشراء نائب عن كل من البائع والمشتري . فيتم البيع وفقاً للقواعد المقررة في النيابة في المعاهد ، وهي القواعد التي سبق بسطها في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

فتحل إرادة النائب عن البائع أو عن المشتري محل إرادة الأصل ، مع انصراف أثر هذه الإرادة - أي انصراف الحقوق والالتزامات الناشئة من عقد البيع - إلى شخص الأصل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو . ويشترط لتحقيق ذلك أن تحمل إرادة النائب محل إرادة الأصل ، وأن تجري إرادة النائب في الحدود المرسومة للنيابة ، وأن يكون التعامل باسم الأصل لا باسم النائب .

= التي تباع للمشتري استرداده وتلك التي تباع للبائع الاحتفاظ به ، كما حدد في العقد موطد الوفاء .
يبقى الثمن وشرط استحقاقه ، فان تكييف محكمة الموضوع لهذا العقد بأنه بيع بالمربون يحوى خيار الملل هو تكييف سليم . ولا يوجب الحكم عدم تعرضه للمباراة التي ختم بها العقد من أنه « عقد بيع نافذ للمفوض » ، ما دامت هذه المباراة لا تقضى أكثر من فناء العقد بشروطه ، ومن يوثقها أن حق المشتري في الملل من العقد لا يسقط إلا عند تمام الواقعة التي حددتها الطرفان لانتهاج خيار الملل (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٦٨ ص ٥٠٨) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ١٤٢ ص ٢٦٢ و ص ٢٦٤ هامش رقم ١ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٨٢ - فقرة ٩٧ .

وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً عند الكلام في النيابة في التعاقد (١) .

والنيابة بالنسبة إلى المصدر الذي يحدد نطاقها ، تكون إما نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق كما في الولي والوصي والقيم والوكيل من الغائب والحارس القضائي ، وإما أن تكون نيابة اتفاقية إذا كان الاتفاق هو الذي يتولى تحديد نطاقها ويتحقق هذا في عقد الوكالة .

فيجوز إذن أن ينوب عن البائع أو عن المشتري وكيل ، وهذا يدخل في الوكالة فلا شأن لنا به هنا (٢) . كما يجوز أن ينوب عن البائع أو عن المشتري ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي . وفي جميع الأحوال لا يجوز لشخص أن يتبايع مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التابع لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل قبل التعاقد أو إجازة منه بعد التعاقد (م ١٠٨ مدني) .

ونقف عند هاتين المسألتين : (١) التبايع عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي . (٢) بيع النائب لنفسه .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٨٤ - فقرة ٩١ .

(٢) ونقتصر هنا على الإشارة إلى أن البيع والشراء بوجه عام من أعمال التصرفات لا من أعمال الإدارة ، فلا بد من وكالة خاصة في كل منهما ينحصر فيها نوع التصرف الموكل فيه ، ولا تكن الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها لنوع التصرف الحاصل فيه التوكيل ، فهذه الوكالة العامة إما تكن في أعمال الإدارة لا في أعمال التصرف (م ٧٠١ مدني) . ومن ذلك المادة ٧٠٢ مدني في هذا الصدد على ما يأتي : ١ - لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه الدين والمرافعة أمام القضاء . ٢ - والوكالة الخاصة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح ولو لم يمين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، إلا إذا كان العمل من التبرعات . ٣ - والوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية وفقاً لطبيعة كل أمر وللمعرف الجاري . -

ويخلص من هذا النص أن التوكيل في البيع أو الشراء يجب أن يكون توكيلاً خاصاً ، أي توكيلاً يذكر فيه هل التوكيل في البيع أو في الشراء ، ولا يشترط في هذا التوكيل الخاص تعيين الشيء الذي يباع أو يشتري .

هذا وقد جرى القضاء على اعتبار المرأة المتزوجة وكيلة من زوجها في شراء الحاجات المنزلية (استئناف مختلط ٢ مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩٣) .

١٥ - التبابع عن طريق ولي أو وصى أو قيم أو وكيل عن الغائب أو حارس قضائي

٤٨ - المصدر التشريعي : النائب هنا يستمد ولايته من القانون كما قلنا ، فالقانون هو الذي يحدد مدى هذه الولاية . وهناك مصدران تشريعيان مختلفان ، أحدهما يحدد مدى ولاية الولي والوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، والثاني يحدد مدى ولاية الحارس القضائي .

فالمصدر التشريعي الأول هو النصوص الخاصة بالولاية والوصاية والقروامة والوكالة عن الغائب . وقد كانت هذه النصوص قبلاً محتوية قانون المجالس الحسية الصادر في سنة ١٩٢٥ . وقد ألغى هذا القانون واستبدل به قانون المحاكم الحسية الصادر في سنة ١٩٤٧ . ثم حل محل هذا القانون المرسوم رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ ، وهو الذي يسمى بقانون الولاية على المال .

والمصدر التشريعي الثاني هو النصوص الخاصة بالحراسة ، وهذه محتوية التفنين المدني في المواد من ٧٢٩ إلى ٧٣٨ .

ونستعرض ، طبقاً لهذه المصادر التشريعية ، مدى ولاية الولي ، ثم مدى ولاية الوصي والقيم والوكيل عن الغائب ، ثم مدى ولاية الحارس القضائي ، في البيع والشراء ، إذ أن لكل من الطوائف الثلاث ولاية تختلف في المدى عن الولاية التي للطائفتين الآخرين .

٤٩ - ولاية الولي في البيع والشراء : الولي هو أبو القاصر أو جده ، ومدى ولاية الأب أوسع من مدى ولاية الجد .

فقد قضت المادة ٧ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأنه لا يجوز للأب أن يتصرف في عقار القاصر أو في محله التجاري أو في أوراقه المالية إذا زادت قيمة أي منها على ثلثائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة . ولا يجوز للمحكمة في هذه الأحوال أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة . ونصت المادة ٨ بأنه

لا يجوز للأب أن يتصرف في أموال القاصر ، عقارية كانت أو منقولة ، ولو لم تجاوز قيمتها ثلثائة جنيه ، إلا بإذن المحكمة ونحت إشرافها ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالألا يتصرف ولي القاصر في المال المورث . أما إذا كانت الأموال قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه وعن طريق التبرع ، فقد قضت المادة ١٣ بأنه يجوز للأب أن يتصرف فيها . ولو زادت قيمتها على ثلثائة جنيه ، بدون إذن المحكمة . وبمخلص من هذه الأحكام أن الأب يجوز له أن يتصرف في منقولات ابنه الصغير أياً كانت قيمتها بدون إذن المحكمة ، إلا إذا كانت هذه المنقولات أوراها مالية أو محلا تجارياً ولم تكن قد آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع فيجب إذن المحكمة إذا زادت قيمة هذه الأموال على ثلثائة جنيه . ويجوز للأب أن يتصرف في عقارات الصغير بدون إذن المحكمة ، إذا كانت قيمتها لا تزيد على ثلثائة جنيه ، أو كانت قيمتها تزيد على هذا المبلغ ولكنها آلت إلى القاصر من أبيه نفسه عن طريق التبرع ، وإلا فيجب إذن المحكمة . وفي جميع الأحوال ، أى في للمنقولات والعقارات ، يجب إذن المحكمة أياً كانت القيمة ، إذا كانت هذه الأموال قد ورثها القاصر من مورث أوصى بالألا يتصرف ولي القاصر في المال الموروث (١) . وحكم الشراء هو حكم البيع .

أما الجد فلا يجوز له التصرف في مال القاصر إطلاقاً ، عقاراً كان أو منقولاً ، وسواء كان التصرف بيعاً أو شراءً ، إلا بإذن المحكمة (م ١٥ من قانون الولاية على المال) .

(١) وقبل قانون الولاية على المال وقانون المحاكم الحسبية ، كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المتبعة . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم إذ نفى بطلان عقد بيع الأتبان المملوكة للقاصر والصادر من أبيه بصفته ولياً عليه إلى ابن آخر من زوجة أخرى قبل صدور قانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ لسنة ١٩٤٧ قد أقام قضاء على قوله : « ... فالثابت من أقوال علماء الشرع وما جرت عليه أحكام المحاكم أن الأب إذا كان فاسد الرأي سبي التدبير وباع مال ولده ، فلا يصح هذا البيع إلا إذا كان بالخيرية وهي بالنسبة للمقار لا تكون إلا بضعف قيمته ، فإن باعه بأقل من الضعف لم يجز هذا البيع » ، فهذا الذي أقام عليه الحكم قضاء لا مخالفة فيه لقانون ، وهو يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي كانت واجبة الاتباع قبل صدور قانون المحاكم الحسبية (نقض مدني ٧ يونية سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٩٩ ص ٧١٤) .

ولا يجوز للولي ، أباً كان أو جداً ، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه (أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقارب زوجه إلى الدرجة الرابعة) إلا باذن المحكمة (م ٧ قانون الولاية على المال) . فإذا أذنت المحكمة جاز للأب أن يتعاقد مع نفسه . أما الجدة فيلزمه أن يطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) .

٥٠ - ولاية الوصي والفيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء :

وقد قضت المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للوصي التصرف في أموال القاصر ، عقاراً كان المال أو منقولاً ، وبيعاً كان التصرف أو شراء ، إلا باذن المحكمة . ولا بد من إذن خاص في ذلك إذا أراد الوصي شراء مال القاصر لنفسه أو بيع ماله القاصر ، وبطلب تعيين وصي خاص (ad hoc) . للتعاقد معه (م ٣١ قانون الولاية على المال) . ونسرى هذه الأحكام على القيم والوكيل عن الغائب (م ٧٨ قانون الولاية على المال) (١) .

على أن هناك ضرورياً من البيع والشراء تلحق بأعمال الإدارة ، فهذه يجوز

(١) . وحيث لا يجوز التصرف الصادر من الولي أو الوصي أو القيم أو الوكيل عن الغائب إلا بإذن المحكمة ، فإن التصرف قبل إذن المحكمة يكون موقوفاً على شرط هو صدور إذن المحكمة ، فإن صدر الإذن نفذ التصرف من وقت إرامه ، وإلا فإنه يسقط (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١١٧ ص ١٦٧ - محكمة شير الكوم الكلية ٩ مارس سنة ١٩٥٢ المحاماة ٢٢ رقم ٤٨٨ ص ١٤٦٢) . ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن التصرف يكون باطلاً بطلاناً نسبياً ويصححه إذن المحكمة (نقض مدني ١٦ يونيو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٩ ص ١٣٢) . وذهبت محكمة استئناف مصر إلى أن التصرف يكون صحيحاً بطلاناً مطلقاً فلا تصححه الإجازة (٢ فبراير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٤ - :نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ١٠٧) . ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن التصرف يكون صحيحاً غير نافذ وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ، ويستند في ذلك إلى المذكرة الإيضاحية لقانون الولاية على المال فهي تجعل التصرف غير نافذ في حق الصغير لانتفاء النيابة (أنظر الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ١٣٨ ص ١٩٢) . وعبارة المذكرة الإيضاحية غير صريحة في إدخال نظام العقود الصحيحة غير النافذة وهو النظام المعروف في الفقه الإسلامي في قانون الولاية على المال ، ولعل المذكرة الإيضاحية تقصد أن التصرف لا يجوز الاحتجاج به (inopposable) على الصغير لمجاوزة النائب حدود الولاية .

أن يباشرها الوصى والوكيل هن الغائب دون حاجة إلى الحصول على إذن المحكمة ، وذلك كييع الحاصلات المملوكة للقاصر أو شراء ما يلزم القاصر لزراعة أرضه .

٥١ - ولاية الحارس القضائي : يعين الحارس القضائي على المال في حالات معينة ، أهمها أن يكون المال قد قام في شأنه نزاع أو كان الحق فيه غير ثابت أو كان صاحب المصلحة فيه قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه (م ٧٢٩ - ٧٣٠ مدني) .

ويعين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، وإلا تولى القاضي تعيينه (م ٧٣٢ مدني) .

ويحدد الاتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة مدى ولاية الحارس (م ٧٣٣ مدني) ، فإذا لم يحدد مدى هذه الولاية باشر الحارس جميع أعمال الإدارة دون حاجة إلى إذن المحكمة ، أما أعمال التصرف ، ومنها البيع والشراء ، فلا بد فيها من الإذن (م ٧٣٥ مدني) ، وذلك ما لم يكن البيع أو الشراء ملحقاً بأعمال الإدارة كييع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة فتجوز مباشرة هذه التصرفات دون حاجة إلى الحصول على إذن .

٢٥ - بيع النائب لنفسه

٥٢ - القاعدة العامة : رأينا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن المادة ١٠٨ مدني تنص على أنه « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر ، دون ترخيص من الأصل . على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع ملاحظة ما يخالفه مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة » . ويتبين من هذا النص

أنه لا يجوز للنائب عن البائع أن يبيع الشيء من نفسه أو من شخص آخر هو نائب عنه أيضاً ، كما لا يجوز للنائب عن المشتري أن يبيع مال نفسه أو مال شخص هو نائب عنه أيضاً من المشتري الذي هو نائب عنه .

ذلك أن النائب يتحكم بإرادته وحده في مصلحتين متعارضتين . والتعارض ، في حالة ما إذا كان النائب ينوب عن المتبايعين معاً ، لم يحسب حسابه أحد من الأصليين . وهو ، في حالة ما إذا كان النائب ينوب عن أحد المتبايعين مع أصالته عن نفسه ، تعارض مع مصلحته الشخصية ذاتها . فلا تيسر الحماية الواجبة لمصلحة الأصل في كلتا الحالتين .

٥٣ - تطبيقات خاصة في بيع النائب لنفسه - النص صى القانونية :

وقد وردت تطبيقات خاصة لهذا المبدأ العام في عقد البيع ، تحت عنوان بيع النائب لنفسه ، في المواد ٤٧٩ - ٤٨١ مدنى (١) .

فصت المادة ٤٧٩ مدنى على أنه « لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطات المختصة أن يشتري لنفسه ، مباشرة أو باسم مستعار ، ولو بطريق المزاد العلنى ، ما يبط به بيعه بموجب هذه النيابة ، ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه في قوانين أخرى » . ونصت المادة ٤٨٠ مدنى على أنه « لا يجوز للسامرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار » . ونصت المادة ٤٨١ مدنى على أنه « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازته من تم البيع لحسابه » (٢) .

(١) هذا ما ورد في قانون الولاية على المال من عدم جواز تصرف الأب أو الجد في مقام الصغير لنفسه وعدم جواز تصرف الوصى والقيم والوكيل عن النائب في مال المجهور لنفسه ، وذلك كله ما لم يصدر إذن من المحكمة يجيز للتصرف ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر أنفاً فقرة ٤٩ و فقرة ٥٠) ، وسنعود إليه فيما يلى (أنظر فقرة ٥٤)

(٢) تاريخ النصوص :

م ٤٧٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : « لا يجوز بيع فى الأحوال الآتية ، حتى لو كان البيع بالمزاد ، وسواء عقد المشتري الصفقة باسمه أو باسم »

ويقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٥/٢٥٨ (١).

= مستعار : (١) إذا كان المشتري وصياً أو قيباً أو نائباً عن غيره بحكم القانون ، واشترى مال من هو نائب عنه . (ب) إذا كان المشتري وكيلًا بالبيع ، واشترى المال الموكل ببيعه . (ج) إذا كان المشتري منوطاً به إدارة عين أو كان موظفاً عاماً ، واشترى المال المعهود إليه في بيعه أو المال الذي يجب أن يتم بيعه على يده . (د) إذا كان المشتري مندوباً أو حارساً مصفياً ، واشترى مال للتفليس أو مال المدين الممسك به . (هـ) إذا كان المشتري مصفياً لشركة أو لركة ، واشترى المال الذي يصفيه . كل هذا ما لم يصلح إذن من القضاء في البيع ، وكل هذا دون إخلال بما ينص عليه قانون الأحوال الشخصية من أحكام . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح متفقاً مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا العبارة الأخيرة حيث كانت : « مع علم الإخلال بما يكون منصوفاً عليه في القوانين الخاصة » . وأصبحت المادة رقمها ٥٠٦ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وعدلت لجنة الشيوخ عبارة « القوانين الخاصة » بعبارة « قوانين أخرى » ووافق مجلس الشيوخ على المادة كما عدلتها لجنة تحت رقم ٤٧٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ فقرة ٢٢٣ ص ٢٢٥) .

م ٤٨٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٧ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٧ من المشروع النهائي ، فجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٦ - ص ٢٢٧) . م ٤٨١ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى : ١ - على أنه يجوز في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين ، أن يجوز العقد من تم البيع لحسابه ، إذا توافرت وقت الإجازة الأهلية الواجبة : ٢ - فإذا رفض إجازة العقد ، وبيع المال من جديد ، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثانى وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن حكمها مستفاد من القواعد العامة ، وعدلت الفقرة الأولى بحيث أصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٥٠٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٧ و ص ٢٣١) .

(١) التقنين المدني السابق ٣٢٥/٢٥٨ : لا يجوز لمن يقوم مقام غيره بوجه شرعى كالأوصياء والأولياء ، ولا للوكلاء المقامين من موكلهم ، أن يشتروا الشيء المنوط بهم ببيع بالصفات المذكورة . فإذا حصل الشراء منهم ، جاز التصديق على البيع من مالك المبيع إذا كان فيه أهلية التصرف وقت التصديق .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في معرض الموازنة بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق ما يأتى : « زيد (في التقنين الجديد) على النواب السائرة والخبراء في الأموال المعهود إليهم في بيعها أو تقدير قيمتها ، لأن حكمة المنع فيهم متوافرة : م ٦٤٧ من المشروع وقد نقلت عن التقنين المتوفى م ٥٦٩ - نص المشرع صراحة على أن البيع ممنوع ولو كان بالمرزاد أو كان باسم مستعار ، والنص على الحالة الأولى يزيل لبساً ، وعلى الحالة الثانية يواجه أمراً كبيراً =

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٤٧ - ٤٤٩ . وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٨ - ٤٧٠ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٨ - ٥٩٢ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٧٨ - ٣٧٩ و ٣٨١ (١) .

= الوقوع - أجاز المشروع تصحيح البيع . . لا بإجازة من تم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك بإذن القضاء في البيع قبل حصوله ، كالوصى يستأذن المجلس الحسبي (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤٧ - ٤٤٩ (مطابقة للمواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري) . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٠٤ - فقرة ٣٠٩ .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٨ - ٤٧٠ (مطابقة للمواد ٤٧٩ - ٤٨١ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٨٨ : ١ - يجوز للأب الذي له ولاية على ولده أن يبيع ماله لولده وله أن يشتري ماله ولده لنفسه ، يعتبر كل من الثمن والمبيع مقبوضين بمجرد المقد . ٣ - وأجد كالأب في الحكم .

م ٥٨٩ : لا يجوز للوصى المنصب أو للقيم المقام من قبل المحكة أن يبيع ماله نفسه للمجور ، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال المجور مطلقاً ، سواء أكان في ذلك خير للمجور أم لا .
م ٥٩٠ : ١ - لا يجوز للوصى المختار من قبل الأب أو الجد أن يبيع ماله نفسه لليتيم ، ولا أن يشتري لنفسه شيئاً من مال اليتيم ، إلا إذا كان في ذلك خير لليتيم وبإذن من المحكة .
٢ - والخيرية هي أن يبيع لليتيم بأقل من ثمن المثل أو أن يشتري منه بأكثر من ثمن المثل ، هل وجه يكون فيه لليتيم مصلحة ظاهرة .

م ٥٩١ : لا يجوز للقاضي أن يبيع ماله للمجور ولا أن يشتري ماله للمجور لنفسه .

م ٥٩٢ : ١ - ليس للوكلاء أن يشتروا الأموال الموكلين هم ببيعها وليس لمديري الشركات ومن في حكمهم ولا الموظفين أن يشتروا الأموال المكلفين هم ببيعها أو التي يكون بيعها عليهم .
وليس للوكلاء التفاليس ولا للحراس المصفين أن يشتروا أموال التفليسة ولا أموال المدين المعسر .
وليس لمصنئ الشركات والشركات أن يشتروا الأموال التي يصفونها ، وليس للمهارة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال الموهود إليهم في بيعها أو في تقدير قيمتها . وليس لواحد من هؤلاء أن يشتري ، ولو بطريق المزايدة العلنية ، لا بنفسه ولا بأمم مستعار ، ما هو محظور عليه شراؤه .
٢ - هل أن الشراء في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة السابقة يصح إذا أجازته من تم البيع لحسابه ، متى كان وقت الإجازة جائزاً للأهلية الواجبة . أما إذا لم يجزه وبيع المال من جديد ، تحمل المشتري الأول مصروفات البيع الثاني وما عسى أن يكون قد نقص من قيمة المبيع . =

٥٤ - **الأشخاص الذين لا يجوز لهم الشراء :** ويخلص من النصوص المتقدمة الذكر أن من كان نائباً عن غيره في بيع مال هذا الغير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه ، لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشترياً مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعاً ، وقد تقدم ذكر ذلك .

والنيابة في بيع مال الغير قد تأتي من اتفاق ، وهذه هي الوكالة . فن وكل في بيع مال لا يجوز له أن يشتريه لنفسه مباشرة أو باسم مستعار ، كأن يشتريه لزوجته أو لولده أو لأحد ممن يمت له بسلسلة ويكون هذا المشتري في الواقع من الأمر مسخراً من النائب . وكون النائب اشترى لنفسه باسم مستعار مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع ، ولا معقب على تقديره في ذلك من محكمة النقض ، ويجوز

= (وأحكام التقنين المراقى تقرب في مجموعها من أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين المراقى نقل أحكام الفقه الإسلامي في بيع الولد والرصى والقاضي ما لم المحجور وشرائهم لماله المحجور ، وفيما عدا أن التقنين المراقى في المادة ٥٩٢ أفاض في تعداد الوكلاء ومن لم صفة النيابة عن الغير على النحو الذي كان عليه المشروع التمهيدى للتقنين المصري — أنظر الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون المراقى مادة ٣٤٠ — فقرة ٢٥٢ ، وفي أن الجزاء على المنع في القانون المراقى أن يكون المقدم موقوفاً فقرة ٣٥٣) .

تقنين الموجبات والمقنود البناني م ٣٧٨ : إن الأشخاص المشار إليهم فيما يل لا يجوز لهم أن يبيعوا ولا بأنفسهم ولا بواسطة أشخاص مستعارين ولو كان الشراء بالمزاينة ، إلا إذا كان بأيديهم ترخيص من القضاء ، وإذا فعلوا كان عقد الشراء باطلاً . أولاً — لا يجوز لوكلاء البيع شراء الأموال التي عهد إليهم في بيعها . ثانياً — لا يجوز لممثل الإدارة العامة شراء أموال الدولة ولا أموال القرى ولا أموال المعاهد العامة التي فوض إليهم أمر الاعتناء بها . ثالثاً — لا يجوز للمأمورين الرسميين شراء الأموال الموهودة إليهم في بيعها . رابعاً — لا يجوز للأب أو الأم ، ولا للرصى أو القيم أو المشرف القضائي أو الولي الموقت ، شراء أموال الأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم .

م ٣٧٩ : لا يجوز للماسة ولا للخبراء أن يشتروا بأنفسهم أو بواسطة غيرهم الأموال والحقوق والديون التي عهد إليهم في بيعها أو تخييرها ، ولا أن يقايضوا بها أو يرهنوها .

م ٣٨١ : إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا واحدتين يحظون كشخصاً مستعارين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة .

(وأحكام التقنين البناني تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

لإثباتها بجميع الطرق لأنها واقعة مادية (١). وقد وضع تقنين الموجبات والعقود اللبناني قربة قانونية على الاسم المستعار ، فقتضى فى المادة ٣٨١ منه بأن الزوجة والأولاد يعدون أشخاصاً مستعارين ، فتصبح هذه القربة من مسائل القانون فى هذا التقنين . والشراء محظور على النائب كما قدمنا ، ويستوى أن يكون الشراء بالممارسة أو فى المزاد العلنى . فلو وكل شخص فى بيع مال للغير بالمزاد العلنى ، فانه لا يجوز له أن يدخل مرابطاً لشراء هذا المال ، فلا تزال مصلحة الشخصية متعارضة مع مصلحة موكله (١٠)

لجورى ورو ٥ فقرة ٢٥١ هـ س ١٧ - بودرى وسبيب فقرة ٢٥٢ - بلايول وريبير ورو ٥ فقرة ٥٨ .

(٢) وكانت هذه المسألة مختلفاً عليها فى عهد التقنين المدنى السابق ، فحسم التقنين المدنى الجديد هذا الخلاف بنص صريح . انظر فى جواز دخول النائب فى المزايدة فى عهد التقنين المدنى السابق الأستاذ عبد الحميد أبو حيف فى طرق التنفيذ فقرة ٨٥٥ - فقرة ٨٥٦ ، وفى عدم جواز ذلك جرائمولاى فقرة ٥٨ - دى هلنس ؛ لفظ Vente فقرة ٥٦ - الأستاذين أحمد نحة وعبد الفتاح السيد فى التنفيذ فقرة ٦٦١ - الأستاذ محمد حلى عيسى فقرة ٩٢٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٢٨ . وأنصار جواز دخول النائب فى المزايدة كانوا يقصدون البيع بالمزاد الجبرى دون المزاد الاختيارى ، فى البيع الجبرى لا يعتبر الوكيل منوطاً بالبيع ، وهو بيع يجب فيه اتباع إجراءات من شأنها أن تحفظ حق المالك المدين . وكان يوجد اتفاق على أن الوصى يجوز له أن يدخل مزاييداً فى شراء ملك إذا تحققت له مصلحة مشروعة فى ذلك ، كأن يكون شريكاً على الشيوع مع القاصر وتباع العين المشتركة لعدم إمكان قسمتها عيناً ، فله أن يزايد ، وإذا رسا عليه المزاد لم يعتبر مشترياً من القاصر لأن القصة كاشفة ، وكأن يكون الوصى دائماً مرتباً ، فله أن يدخل مزاييداً فى بيع عذار القاصر ومصلحته هنا متفقة مع مصلحة القاصر فى أن كلا منهما يريد أن يبلغ ثمن العقار أعلى حد (بلايول وريبير ٢ فقرة ٥٤ - كويلان وكايبثان ٢ ص ١٨٧ - الأستاذ محمد حلى عيسى فقرة ٩٢١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٧) .

ويبدو أن النائب فى البيع إذا باع العقار المنوط به بيه لم يجوز له ، إذا كان شقيقاً فى هذا العقار ، أن يأخذه بالشفعة . فإن الشفع يعتبر مشترياً إذ هو يحل محل المشتري ، ولجواز أن يتساهل مع المشتري فى شروط البيع حتى يشفع فى العقار بنفس الشروط . يضاف إلى ذلك ، بالنسبة إلى النائب إذا كان وكيل ، أن قبوله للوكالة فى بيع العقار ينطوى على نزول ضمنى من حق فى أخذ العقار بالشفعة . وقد كان هذا هو رأى المصممين فى الفقه فى عهد التقنين المدنى السابق (دى هلنس ؛ لفظ Vente فقرة ٦٢ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢٣٥ فى الهامش) .

ويلحق بالوكيل من نيطة به إدارة عين واشترى المال الذي يجب أن يتم بيعه
هلى يده ، ومن عين مصفياً لشركة أو لشركة واشترى المال الذي يصفه (١) .
وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن الطريق نص في القانون ، وذلك كالولى ،
فلا يجوز له أن يشتري مال الصغير لنفسه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ،
ولو كان الشراء في المزاد العلنى ، وهذا ما يقع غالباً في بيع أموال المحجورين ،
إلا إذا كان انتقانون يرخص في ذلك . وقد قدمنا أنه يجوز للولى شراء عقار
الصغير لنفسه ، بشرط الحصول على إذن من المحكمة في ذلك (٢) .

وقد تأتي النيابة في بيع مال الغير عن طريق أمر من السلطات المختصة .
فالوصى والقيم والوكيل عن النائب والسنديك والحارس القضائى ، كل هؤلاء
ينوبون عن غيرهم في بيع المال بموجب أمر من السلطة القضائية . والموظف العام
قد ينوب عن الدولة في بيع أموالها بموجب أمر من السلطة الإدارية . فلا يجوز
لأحد من هؤلاء أن يشتري المال المعهود إليه في بيعه ، لا باسمه ولا باسم مستعار ،
ولو كان الشراء في مزاد علنى . وقد قدمنا أن الوصى والقيم والوكيل عن الغائب
يجوز لهم باذن خاص من المحكمة ، أن يشتروا أموال محجور بهم (٣) .

كذلك لا يجوز للسماز ، إذا عهد إليه شخص في بيع مال له ، أن يشتري
هذا المال لنفسه (٤) . ذلك أن السماز إما أن يكون عنده توكيل بالبيع ، فيصبح
وكيلاً ويمنع ككل وكيل من شراء ما وكل في بيعه . وإما ألا يكون عنده توكيل ،
فعند ذلك لا يكتفى رضاؤه بشراء الشيء لنفسه بل يجب قبول المالك ، وفي هذا
إذن يجعل الشراء جائزاً . ومثل السماز الخبير الذى يعهد إليه في تقويم شيء ،
لا يجوز له أن يشتريه لنفسه ، لتعارض المصلحة إذ أن ذلك بحمله على أن يخس
تقويم الشيء ، حتى ينتفع هو من بخس الثمن (٥) . والخبير كالسماز ، إما أن

(١) أنظر المشروع التمهيدى للمادة ٤٧٩ مدنى (آنفاً فقرة ٥٣ فى الهامش) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٤٩ .

(٣) أنظر آنفاً فقرة ٥٠ .

(٤) وكذلك من عهد إليه فى بيع قطن وعجل جزءاً من الثمن لا يجوز له أن يشتري القطن

لنفسه (امتثاف مختلط ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ ص ٨٧) .

(٥) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٢ .

يكون عنده توكيل فيكون حكمه حكم الوكيل لا يجوز له شراء الشيء لنفسه ،
وإما ألا يكون عنده توكيل فلا بد في هذه الحالة من قبول المالك . والسمار
والخبير ممنوعان من شراء المال ولو بيع في المزاد العلني ، سواء كان الشراء
باسمهما أو باسم مستعار (١) .

٥٥ - الجزء على المنع من الشراء : وليس الأشخاص الذين قدمنا
ذكرهم ممنوعين من الشراء لنقص في أهليتهم ، فنقص الأهلية شيء ،
والمنع من الشراء شيء آخر . وإنما المنع قد قام بسبب تعارض المصلحة
كما قلنا .

وقد ذكرنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن هناك رأياً يذهب إلى أن تعاقد
الشخص مع نفسه - ومن ثم شراء النائب للمال المعهود إليه في بيعه - قابل
للإبطال لمصلحة الأصيل ، ولذلك ترد عليه الإجازة . وقد أخذت المذكرة
الإيضاحية للمشروع التمهيدى بهذا الرأي ، إذ جاء فيها : « وهذه العلة اعتبر تعاقد
الشخص مع نفسه قابلاً للبطلان لمصلحة الأصيل ومن الواضح أن البطلان
المقرر في هذا الشأن قد أنشئ بمقتضى نص خاص (٣) » . وجاء في نفس المذكرة
الإيضاحية في صدد بيع النائب لنفسه : « أجاز المشروع تصحيح البيع - وهو باطل
بطلاناً نسبياً لمصلحة البائع وقد قرر البطلان نص خاص لعله تعارض المصلحة -
لا بإجازة من ثم البيع لحسابه فحسب ، بل كذلك باذن القضاء في البيع قبل
حصوله كالوصى يستأذن المجلس الحسبي (٤) » .

(١) وتنص المادة ٦٦٧ من تقنين المرافعات على أنه « لا يجوز للمدين ، ولا للقضاة الذين
نظروا بأى وجه من الوجوه إجراءات التنفيذ أو مسائل المتفرعة عنها ، ولا للمحامين الوكلاء
عن مباشر الإجراءات أو المدين ، وأن يتقدموا للمزايدة بأنفسهم أو بطريق تسخير غيرهم ،
وإلا كان البيع باطلاً » .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ ص ٢٠٤ - ص ٢٠٥ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١٠٦ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٠ - وهذا هو أيضاً ما ينبغي إليه الفقه الفرنسي
بوجه عام (أوبى ورد ٥ فقرة ٣٥١ ص ٢١ - بودرى وسينيا فقرة ٢٥٠ وقرة ٢٥٤ -
بلانيول وريبير وهامل ٦٠ فقرة ٤٨) .

والصحيح أن تحريم بيع النائب لنفسه إنما يقوم على قرينة قانونية هي أن الأصل عندما أناب النائب في بيع ماله لم يخل في هذه الإنابة أن يكون النائب هو المشتري سواء لنفسه أو بالنيابة عن غيره ، وإلا لكان قد باع له مباشرة دون حاجة إلى إنابته في البيع . فإذا ما باع النائب المال لنفسه ، سواء باعتباره أصيلاً في الشراء أو باعتباره نائباً عن غيره فيه ، يكون قد جاوز حدود نيابته ، فلا يتخذ تصرفه في حق الأصل إلا إذا أجازته هذا (١) . وينترب على هذا التكييف النتائج الآتية :

(١) وقد سبق أن قلنا بهذا الرأي في الوسيط جزء أول فقرة ٩٧ - والنتيجة في مصر قريب من هذا الرأي . وينترب الأستاذ أنور سلطان (فقرة ١٥٧) إلى أن جزاء المنع من الشراء يجب أن ينسب في القواعد الخاصة بالنيابة ، لا القواعد الخاصة بالبطان ، ومن مقتضى القواعد الخاصة بالنيابة أن عمل النائب لا يتخذ في حق الأصل إلا إذا تم في حدود نيابته . ولكنه يقول بعد ذلك : « فإذا منع المشرع النائب من مباشرة عمل ما ، وخالف النائب هذا المنع ، فيعتبر أنه قد تعاقده خارج نطاق نيابته ، ولذا لا يتخذ تعاقده في حق الأصل إلا إذا أقره » (ص ١٢٤) . وهذا صحيح فيما يتعلق بالنيابة القانونية والنيابة القضائية . أما في النيابة الاتفاقية ، فالمشرع لم يتدخل لتحديد مدى النيابة ، بل الاتفاق هو الذي حدد هذا المدى . ولم يخل فيه أن يشتري النائب لنفسه ، ومن هنا جاءت مجاوزة النائب لحدود النيابة ، فالمنع في النيابة الاتفاقية مؤسس على إرادة الأصل لا على نص المشرع .

وانظر في هذا المعنى الذي ينسب إليه الأستاذ أنور سلطان الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرة ١٢٢ . وينترب الأستاذ سليمان موقس (فقرة ١٣٧) إلى أن النائب جاوز حدود النيابة في أنه لم يبيع بأعلى من ممكن . أنظر أيضاً الأستاذ جميل الشرقاوي في نظرية بطان التصرف فقرة ٨٩ ، وفي حق البيع فقرة ١٦ . وفي رأينا أن النائب جاوز حدود الوكالة في أنه اشترى لنفسه ، أياً كان المنع الذي اشترى به .

وينترب الأستاذ منصور مصطفى منصور (فقرة ١٢٤ ص ٢٠٣ - ص ٢٠٤) إلى ما ذهبنا إليه من أن النائب يجاوز حدود النيابة إذا اشترى لنفسه ، فلا بد من إرادة الأصل . ثم يقول إن الشراء قبل الإجازة يكون عقدًا موقوفًا ، على غرار العقد الموقوف في الفقه الإسلامي ، وإجازة الأصل تجعله يتخذ . وملاحظتنا على هذا الرأي أنه لما كان العقد الموقوف غير معروف في الفقه العربي ، فقد لجأنا إلى تكييف آخر في الحالة التي يجاوز فيها الوكيل حدود الوكالة ، ويقتضى الأمر إقرار الموكل ، فقلنا في الجزء الأول من الوسيط (فقرة ٨٩ ص ١٩٨ هامش رقم ٢) : « فلو كان النائب وكيلًا وجاوز حدود الوكالة ، جاز القول إنه نصب نفسه وكيلًا بإرادته المنفردة فيما جاوز فيه حدود الوكالة ، على أن يقره الموكل بعد ذلك . ويكون مصدر النيابة في هذه الحالة هو القانون ، فقد جعل الوكيل - بناء على إرادته - نائباً فيما يجاوز حدود الوكالة . والنيابة هنا ليست منجزة ، بل هي مطلقة على شرط موقف هو أن يصدر إقرار من الموكل . وليس من شك في أن نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي هي أكثر ملائمة لتكييفه »

١ - أن الأصل إذا أدخل في حسابه جواز أن يشتري النائب المال لنفسه ، فأذن له في ذلك قبل الشراء ، جاز شراؤه ، إذ يكون التصرف قد دخل في حدود النيابة ، (انظر المادة ١٠٨ مدني) .

٢ - وإذا لم يأذن الأصل مقدماً في الشراء ، فله أن يجيز الشراء بعد تمامه ، إذ الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة . وبهذا تقضي صراحة المادة ٤٨١ مدني إذ تنص على أنه « يصح العقد في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السابقتين إذا أجازاه من تم البيع لحسابه » .

٣ - وإذا كانت النيابة قانونية أو قضائية ، كنيابة الولي أو الوصي أو القيم ، فالقانون هو الذي يتولى بنفسه رسم حدود النيابة . فتارة يجيز بيع النائب لنفسه دون إذن كما فعل في حالة الولي عندما يشتري ، نقول الصغير لنفسه ، وطوراً يستوجب إذن المحكمة كما فعل في حالة الولي عندما يشتري عقار الصغير وفي حالة الوصي والقيم والوكيل عن الغائب عندما يشتري مال المحجور (١) .

= الوضع الذي نحن بصدده ، لو أمكن إدخالها عن طريق الاجتهاد في الفقه المصري . وقد منع المشرع المصري إدخالها في أهم تطبيقات من تطبيقاتها وهو بيع ملك الغير ، إذ أورد نصاً صريحاً في أن هذا البيع قابل للإبطال ، وكان الأول أن يكون عقداً مرتدداً - ونعود إلى هذه المسألة عند الكلام في بيع ملك الغير (انظر ما يلي فقرة ١٦٤) .

(١) وقد قدمنا أن الفقه في فرنسا ، وفي مصر في عهد التقنين المدني السابق ، يذهب إلى أن للوصي شراء مال القاصر إذ كانت له حقوق من قبل على هذا المال ، وكان المقصد من شرائها هو المحافظة على هذه الحقوق ، كما لو كان الوصي شريكاً في الشروع مع القاصر أو دائئاً مرتباً له ، وبيعت العين بالمزاد العلني لعدم إمكان قسمتها مبيعاً أو لتنفيذ على العين الرهونة (انظر آراء فقره ٥٤ في الحاشي . وانظر أوبري ورو ٥ فقرة ٢٤١ ص ٣١ - ص ٢٢ - بودري وسينيا فقرة ٢٣٣ - فقرة ٢٣٤ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٥٤ - بلانيول وريبير ٢ فقرة ٤١ - كولان وكابيتان ٢ ص ٤٨٧ - الأستاذ محمد حلي غير فقرة ٩٢١ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٣٧) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في عهد التقنين المدني السابق بأن تحريم شراء النائب لشيء الذي تيط به يسه لا يسرى في البيوع القضائية إذ هي محوطة بالضمانات الكافية (٢٠ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٢٢) . أما في عهد التقنين المدني الجديد حيث ورد نص صريح في تحريم شراء النائب لنفسه ولو كان ذلك بالمزاد العلني ، فيبدو أنه لا يجوز للوصي شراء مال القاصر ، حتى لو قصد المحافظة على حقوقه واشترى في مزاد علني ، من غير إذن المحكمة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٦ - الأستاذ عبد المنعم البزراوى فقرة ١٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٢ ص ٢٩٩ - ص ٢٠٠) .

والى هذا تشير المادة ٤٧٩ مدنى عندما تقول فى عبارتها الأخيرة : « ما لم يكن ذلك باذن القضاء ومع عدم الاخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى » ، ومن هذه القوانين الأخرى قانون الولاية على المال وقد سبق بيان أحكامه فى هذا الصدد (١) .

المبحث الثانى

شروط الصحة

٥٦ - الأهلية وعيوب الإرادة : بعد أن فرغنا من شروط انعقاد البيع ، تنقل إلى شروط صحة . وشروط صحة البيع هى شروط صحة أى عقد : نوافر الأهلية الواجبة وسلامة الرضا من عيوب الإرادة . فتكلم إذن فى :
(١) الأهلية فى عقد البيع (٢) وعيوب الرضا فى عقد البيع .

المطلب الأول

الأهلية فى عقد البيع

٥٧ - مميزات الأهلية مما يكتسب بها من النظم : قدمنا فى الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الأهلية تكتسب بغيرها من النظم ، وكثيراً ما تختلط بها . فيحسن تمييز الأهلية تمييزاً دقيقاً عن غيرها .
الأهلية مناطها التمييز ، لأن الإرادة لا تصدر إلا عن تمييز ، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية ، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية .

(١) ويستثنى أيضاً ما تقضى به قواعد التجارة (انظر المادة ١٠٨ مدنى) ، وذلك كما فى الوكيل بالعمولة . وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز للوكيل بالعمولة أن يتعاقد مع نفسه (نقض مدنى ٢٨ يرنه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٠٨ ص ٧٦٧) .
(٢) الوسيط جزء أول فقرة ١١٧ .

والأهلية غير الولاية على المال . فالولاية على المال هي تفيذ التصرف على مال الغير ، كنفاد تصرف الولي والوصي والقيم على مال المحجور . ومن ثم تكون الولاية صلاحية بالنسبة إلى مال الغير ، أما الأهلية فصلاحية بالنسبة إلى مال الشخص نفسه .

والأهلية غير عدم قابلية المال للتصرف . فمن وقف ماله لا يستطيع التصرف فيما وقفه ، لا لنقص في أهليته ، بل لعدم قابلية المال الموقوف للتصرف .

والأهلية غير المنع من التصرف . فالمرضى مرض الموت ممنوع من التصرف في ماله في حدود معينة لمصلحة الورثة ، بحيث إذا جاور هذه الحدود لم يسر تصرفه في حقهم . والنائب ممنوع من شراء ما وكل في بيعه على نحو ما قدمنا لمصلحة الأصيل ، بحيث إذا اشترى هذا المال لم يسر التصرف في حق الأصيل . وعمال القضاء ممنوعون من شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان نظر النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وهذا المنع من التصرف للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلاً . وكذلك المحامون ممنوعون من التعامل مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم الذين يتولون الدفاع عنها ، والمنع هنا أيضاً للنظام العام وجزاؤه أن يكون التصرف باطلاً .

٥٨ - أهلية التصرف وأهلية في كل من البائع والمشتري :

فالأهلية إذن هي التي ترجع إلى التمييز . وقد علمنا عند الكلام في النظرية العامة للأهلية أن هناك أدواراً ثلاثة طبيعية يمر بها الإنسان من وقت أن يولد إلى أن يموت . فالدور الأول هو دور عدم التمييز ، والصبي غير المميز وهو من كان دون سبع سنوات لا يستطيع مباشرة أي تصرف . والدور الثاني هو دور التمييز ، ويبدأ من سن السابعة وهي سن التمييز إلى سن الحادية والعشرين وهي سن الرشد . وفي هذا الدور يكون الصبي المميز ناقص الأهلية ، لا عديمها ولا كاملها ، فبإشراك من التصرفات ما يكون نافعاً نفعاً محضاً ، ولا يباشر منها ما يكون ضاراً ضرراً محضاً ، وما كان من التصرفات دائراً بين النفع والضرر ومنها البيع والشراء يباشره بإجازة الولي . والدور الثالث هو دور الرشد ، ويبدأ من الحادية والعشرين ، وفيه يكون البالغ الرشيد أهلاً لجميع التصرفات ومنها البيع

والشراء ، بل ويكون أهلاً للتبرعات وهي التصرفات للضارة ضرراً محضاً ، وذلك ما لم يحجر عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، فينصب له قيم مباشر عنه التصرفات على النحو الذي قدمناه في النظرية العامة للأهلية .

ويخلص من ذلك أن الصبي غير المميز ليس أهلاً للبيع ولا للشراء ، لأن البيع - سواء من ناحية البائع أو من ناحية المشتري - يعتبر من أعمال التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

أما الصبي المميز - ويلحق به المحجور - فأهليته في البيع والشراء أهلية ناقصة . فهو يستطيع أن يبيع ويشتري ، بشرط إجازة الولي أو الوصي أو القيم وبإذن من المحكمة في الأحوال التي نص القانون فيها على ذلك ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم .

ومن بلغ من العمر إحدى وعشرين سنة - أي بلغ سن الرشد - غير محجور عليه ، فقد توافرت فيه أهلية التصرف كاملة ، وكانت له أهلية البيع والشراء دون قيد ، فلا يحتاج إلى إذن ولي ولا إلى إذن من المحكمة .

فأهلية كل من البائع والمشتري إذن هي أهلية التصرف ، وتقتضي بلوغ سن الرشد (١) .

٥٩ - معنى يكفى التمييز في أهلية البيع والشراء : على أن هناك أحوالاً معينة يكفى فيها بلوغ سن التمييز دون بلوغ سن الرشد ليتوافر في الإنسان أهلية البيع والشراء .

١ - فقد نصت المادة ١١٢ مدني على أنه « إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلم أمواله لإدارتها ، أو تسلمها بحكم القانون ، كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون » . والقانون

(١) وقد كان التقنين المدني السابق يشتمل على نصين في أهلية البائع المشتري ، هما تطبيق محض للقواعد العامة ، ولذلك أغفلهما التقنين المدني الجديد . فكانت المادة ٢٤٦/٢١٢ مدني سابق تنص على أنه « يجب أن يكون كل من البائع والمشتري متصفاً بالأهلية الشرعية للتعامل (capacité légale de s'obliger) » . وكانت المادة ٢٤٧/٢١٣ تنص على أنه يجب أن يكون البائع متصفاً بالأهلية الشرعية للتصرف (capacité légale d'aliéner) .

هنا هو قانون الولاية على المال . وتنقضى المادة ٥٤ منه بأن للولى أن يأذن القاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . وتنقضى المادة ٥٥ منه بأن للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة فى تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . ومراء أذن للقاصر من وليه أو من المحكمة ، فانه متى سلم أمواله كان له أن يباشر أعمال الإدارة . ويدخل فى هذه الأعمال أى بيع أو شراء تقتضيه الإدارة ، كبيع الحاصلات وشراء ما يلزم للزراعة ، فتكون أهلية البيع والشراء متوافرة عنده فى هذه الحدود . وكذلك تكون له أهلية التصرف ، بيعاً وشراء ، فى صافى دخله بالقدر اللازم لسد نفقائه هو ومن تلزمه نفقتهم قانوناً (م ٢/٥٦ قانون الولاية على المال) . وهذه الأحكام تنرى على المحجور للسفه أو للفضلة إذا أذنت المحكمة فى تسليم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها (م ٦٧ قانون الولاية على المال) .

٢ - وتنقضى المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال بأنه يجوز للمحكمة أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة أن يتجر ، ويكون إذن المحكمة مطلقاً أو مقيداً . فيكون للقاصر فى هذه الحالة الأهلية الكاملة للبيع والشراء فيما يتعلق بالتجارة المأذون له فيها .

٣ - وتنص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أن يكون « القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهل للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته » . وبمخلص من ذلك أن القاصر متى بلغ السادسة عشرة يصبح ، دون حاجة إلى أى إذن ، أهلاً لأهلية كاملة فى التصرف فى كسب عمله . فيستطيع ، فى حدود هذا الكسب ، أن يبيع وأن يشتري وأن يلتزم .

٤ - وتنص المادة ٦١ من قانون الولاية على المال على أن « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو بوضع تحت تصرفه عادة مع مال لأغراض نفقته ، ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض فى حدود هذا المال فقط » . وبمخلص من هذا النص أن القاصر المميز - أياً كانت سنه - متى وضع تحت تصرفه مال لينفق منه على نفسه ، كانت له أهلية التصرف كاملة فى هذا المال . فيجوز له أن يشتري بهذا المال ما يحتاج إليه من مأكلى وملبس وغير ذلك ، ويجوز له

أن يبيع المال إذا كان غير نقد للحصول على نقد ينفق منه على نفسه . فهو كامل الأهلية في التصرف ، بيعاً وشراء والتزاماً ، في حدود المال الموضوع تحت تصرفه للنفقة .

٥ - وتنص المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على أنه : إذا أذنت المحكمة في زواج القاصر الذي له مال ، كان ذلك إذناً له في التصرف في المهر والنفقة ، مالم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو في قرار لاحق . ويخلص من هذا النص أن القاصر إذا أذنت له المحكمة في الزواج - ويجب أن يبلغ الثامنة عشرة إذا كان ذكراً والسادسة عشرة إذا كان أنثى وفقاً للقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ - تضمن هذا الإذن إذناً في أن يتصرف الزوج في المهر باعطائه لزوجته وفي التصرف في ماله للنفقة على زوجته ، وتضمن إذناً في أن تتصرف الزوجة في المهر الذي تأخذه من زوجها فتكون ذا الأهلية الكاملة بالرغم من قصرها في أن تشتري جهازها من هذا المهر . وهذا كله مالم تقرر المحكمة غيره عند الإذن في الزواج ، أو في قرار لاحق لهذا الإذن .

المطلب الثاني

عيوب الرضا في عقد البيع

٦٠ - **نظير الفواهر العامة :** عيوب الرضاء في عقد البيع هي عيوبه في أي عقد آخر ، فيعيب إرادة أي من البائع والمشتري أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس (١) أو إكراه أو استغلال . فاذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب ،

(١) ومن صور التدليس في البيع صورة تسمى باحتكار البيع (vente à monopole) . فيعتمد منتج السلعة إلى الاتفاق مع تاجر يبيع منه سلعته بيعاً باتاً ، ليقوم التاجر بعد ذلك ببيعها من العملاء لحسابه . ويحذف المنتج للتاجر السلعة ، ويؤكد له أنها رائجة كل الرواج ، فيحمله بذلك على أن يقبل شراء كميات كبيرة منها على أن يحتكر بيعها وحده . ثم يتبين التاجر أن السلعة ليست رائجة ، بعد أن يكون قد اشترى هذه الكميات الكبيرة اطمئناناً إلى تأكيدات المنتج ، فتصيبه من جراء ذلك خسارة جسيمة . وقد سار القضاء الفرنسي على اعتبار مجرد التأكيدات الكاذبة الصادرة من منتج السلعة عن رواج سلعته تدليلاً يجعل البيع الصادر منه للتاجر قابلاً للإبطال (بيدان ١١ فقرة ٢٣ - الأستاذ جميل الشرقاوي فقرة ٢٠ - وقد أشار بيدان =

كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب . وفي الاستفلال يكون البيع قابلاً للإبطال أو قابلاً للإنقاص وفقاً للقواعد المقررة في الاستفلال ، وقد سبق تفصيلها في الجزء الأول من الوسيط . ولغبن أحكام خاصة في عقد البيع ، سنتناولها عند الكلام في الثمن .

ولا جديد يقال في البيع في صدد هذه العيوب ، فينبع فيها القواعد المقررة في النظرية العامة في العقد فيما يتعلق بعيب الإرادة (١) كما هي مبسطة تفصيلاً

في القضاء الفرنسي إل الأحكام الآتية : محكمة التجارة ٢٠ يولييه سنة ١٩٢٨ مجلة القانون للفرنسي ١٩٢٦ ص ٢٥٥ - محكمة مارسيلا التجارية أول ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة مارسيلا ١٩٢٣ - ١ - ١٩٣٥ - محكمة الحافز ٧ نوفمبر سنة ١٨٣٤ جازيت دي باليه ١٩٣٤ - ٢ - ١٠١٩ - محكمة بيزانسون ٩ ديسمبر ١٩٣٥ جازيت دي باليه ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٦ .

(١) نفس قضاء محكمة النقض في عيوب الرضا في البيع : نقض مدني ٢ يناير سنة ١٩١٩ مجموعة صر ٣ رقم ٥٩ ص ٢٨٦ (التنضم في القين والأمراض التنمسية من شأنها أن تجعل الإرادة معينة) - نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩١٧ مجموعة صر ٥ رقم ٢٤٢ ص ٥٠٣ (لحين ما يذكّر حدّها قبلها مكان حدّها آخرها : غلطاً مادي يصحح) - نقض مدني ١٥ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٦٥ ص ١٠٨٢ (كتمان البائع عن المشتري أن المحل التجاري المبيع قد يحكم ببلوغه العلم الرخصة يعتبر تدليلاً ، ولو كان المشتري يعلم بأن المحل غير مرخص لأنه كان يرجو الحصول على الرخصة) - نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٨ ص ١٥٨٣ (من قصت المحكمة لأسباب سائفة في حدود سلطتها التقديرية وقوع إكراه مؤثر في إرادة البائع أو تدليس مفيد لرضائه ، فإنها لا تكون ملزمة بإجراء تحقيق لا ترى أنها في حاجة إليه) .

ومن قضاء محكمة الاستئناف المختلطة في عيوب الرضا في البيع : ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٣ (اشترى أرضاً كان يعتقد أنها تجاور مسلكين يؤديان إلى الطريق العام فتبين عدم صحة ذلك : بعد غلطاً) - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ (لا يمتد بالغلط في تعيين الحدود إذا كانت ذاتية الأرض ومعرفة للمشتري) - ١٧ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٢٦ (الاكتساب في أسهم شركة لم تحصل على قرطلة خفيوى دون أن يعلم المكتسبون ذلك يكون مشروباً بالغلط) - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٧ (بعد غلطاً أن يقصد المشتري شراء نمرة كاملة 10٤ في أرض مقسمة وأن يقصد البائع بيع جزء من نمرة وجزء من نمرة أخرى ، ولو تساوى الشئان في المساحة والمنفعة) - ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ (اشترى أرضاً قسمت في الخريط لا في الطبيعة وكان يعتقد أنها تجاور طريقاً عاماً فظهر غير ذلك : بعد غلطاً) - ٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٧٠ (لا يمد غلطاً أن يكون أحد حدود الأرض طريقاً خاصاً وكان المشتري يظنه طريقاً عاماً) - ١٩ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ - ٢٠ (بعد غلطاً أن يقصد المشتري شراء شيء أثري فإذا هو مقلد ، ولو كان المشتري ذا خبرة بالآثار ،

في الجزء الأول من الوسيط .

ولكن الغلط في المبيع في عقد البيع له شأن خاص ، إذ يتصل اتصالاً وثيقاً بالعلم بالمبيع وبمخيار الرؤية وهو الخيار المعروف بالفقه الإسلامي ، فتناوله هنا في شيء من التفصيل .

٦١ - علم المشتري بالمبيع - النص من الفانونية : تنص

المادة ٤١٩ من التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه .
 - ٢ - وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع (١) .
- ويرقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٤٩-٢٥٣/٣١٥-٣١٩ (٢) .

= فلا يتقيد في رفع دعوى الغلط بمدة التقادم القصيرة المقررة في ضمان الميب الخفي) - ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢٠ (لا يعد غلطاً الخطأ في تعيين الخرد ما دامت ذاتية الأرض معروفة) - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ١٢٦ (لا بد من بيان ريع المبيع في العقد الابتدائي حتى يستلزم المشتري أن يتمسك بالغلط في قيمة المبيع لأن ريعه أقل مما قدر) - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٠٨ (غلط المشتري في ذاتية الأرض التي اشتراها) - وانظر أيضاً في الغلط والتدليس : ٢٨ مايو ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤١٥ (غلط) - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ (غلط) - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٤٧ (تدليس) - ٩ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٢١ (تدليس) - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ (الغلط بأنواعه المختلفة) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٩ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

١ - يجب أن يكون المشتري عالماً بالشئ المبيع علماً كافياً . ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه . ٢ - إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع . وفى لجنة المراجعة خور النص تحويراً لفظياً ، وحدد في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق على مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨ و ٢٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣١٥/٢٤٩ : يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ،

إما بنفسه أو بمن وكله عنه فى معاينته . م ٣١٦/٢٥٠ : إذا لم يشاهد المشتري جزاءً =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في حين المدني السوري المادة ٣٨٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٨ - وفي التقنين المدني العراقي

= إلا بعض المبيع ، وتبين أنه لو رآه كله لامتنع عن شرائه ، فليس له إلا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم المبيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه في طلب الفسخ إذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان .

م ٣١٧/٢٥١ : إذا ذكر في عقد المبيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إذا أثبت تدليس البائع عليه .

م ٣١٨/٢٥٢ : بيع الأشياء التي لم يداينها المشتري ولا وكيله في المايعة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان عقد البيع مشتملاً على بيان المبيع وأوصافه الأصلية بحيث يمكن الكشف عليه وتحقيق حاله .

م ٣١٩/٢٥٣ : البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المايعة ، أو حصلت معاينته من عينه معتمداً عليه في ذلك .

وقد تلخص التقنين المدني الجديد هذه النصوص الخمسة في نص واحد هو المادة ٤١٩ المتضمن ذكرها . وقد جاء في صدها في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ما يأتي : « هذا النص يلخص خمسة نصوص في التقنين المصري الحالي (السابق) هي المواد ٢٤٩ — ٣١٥/٢٥٣ — ٣١٩ ، على وجه يوفق بين خيار الرؤية المعروف في الشريعة الإسلامية وبين المبادئ العامة للقانون المدني وهذه لا تشترط رؤية المبيع ، بل تقتصر على اشتراط أن يكون معيناً معيناً كافياً . فقرر المشروع وجوب أن يكون المشتري عالماً بالشيء المبيع علماً كافياً ، وحذفت عبارة « إما بنفسه أو بمن يوكله » منه في معاينته « من نص التقنين الحالي (السابق) لبداهتها . ثم أراد أن يوفق بين هذا العلم — والمقصود به خيار الرؤية — وبين الاكتفاء بتبين الشيء . فذكر أن العلم يعتبر كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التحقق منه (أنظر م ٣١٨/٢٥٢ مدني) . فروية المبيع ينفي عنه تعيينه بأوصافه الأساسية تعييناً من شأنه أن يمكن تمييزه عن الأشياء الأخرى . وبدعى أن هذا التمييز يختلف باختلاف الأشياء — ثم نقل المشروع المادة ٣١٨/٢٥١ من التقنين الحالي (السابق) ، فقرر أنه إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت تدليس البائع . وقد أغفل المشروع نصين في التقنين الحالي (السابق) لا فائدة من إيرادهما ، أحدهما يقضي بأنه « إذا لم يشاهد المشتري جزافاً إلا بعض البيع . وتبين له أنه لو رآه لامتنع عن شرائه ، فليس له إلا أن يتحصل على الحكم بفسخ البيع بدون أن يجوز له طلب تقسيم البيع أو تنقيص ثمنه ، ويسقط حقه في طلب الفسخ إذا تصرف في الشيء المبيع بأي طريق كان (م ٢١٦/١٥٠ مصري) » ويقضي النص الثاني بأن البيع للأعمى يكون صحيحاً إذا أمكنه معرفة حقيقة المبيع بطريقة غير المايعة أو حصلت معاينته من عينه معتمداً عليه في ذلك (م ٣١٩/٢٥٣) . ووضح أن في القواعد العامة غنى عن ذكر هذين الحكمين « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٨ — ص ١٩) .

المواد ٧١٥ - ٥٢٣ وفي تقنين المرجبات والعقود لا يوجد نص مقابل (١)

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٧ (مطابقة للمادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٣٩ - فقرة ٤٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٨ (مطابقة للمادة ٤١٩ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥١٧ : ١ - كل من اشترى شيئاً لم يره كان له الخيار حين يراه ، فإن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع . ولا لأخبار البائع فيما باعه ولم يره . ٢ - والمراد بالرؤية الوقوف على خصائص الشيء ومزاياه بالنظر أو اللمس أو السمع أو المذاق .

م ٥١٨ : الأشياء التي تباع على مقتضى نموذجها تكن رؤية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على مقتضاه ، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالتمن المسى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأه ، كان عمل هذا المتعاقد بحسب ما يكون دائماً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

م ٥١٩ : ١ - إذا بيعت جملة أشياء متفاوتة صفقة واحدة ، فلا بد لزوم البيع من رؤية كل واحد منها على حدة . ٢ - وإذا كان المشتري رأى بعضها ، ففى رأى الباقي جاز له أخذ جميع الأشياء أو ردها جميعاً ، وليس له أن يأخذ ما رآه ويترك الباقي .

م ٥٢٠ : ١ - إذا وصف شيء للأعشى وعرف وصفه ثم اشتراه ، لا يكون مخيراً . ٢ - ويسقط على كل حال خيار الأعشى بلمس الأشياء التي تعرف باللمس وشم المشومات وذوق المنوعات .

م ٥٢١ : الوكيل بشراء شيء والوكيل بقبضه رؤيتهما كروية الأصيل ، أما الرسول فلا تسقط رؤيته خيار المشتري .

م ٥٢٢ : من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم أنه الشيء الذي كان قد رآه ، فلا خيار له إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه .

م ٥٢٣ : ١ - يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، وبصرفه في البيع قبل أن يراه ، وبإقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وبتميب المبيع أو هلاكه بعد القبض ، وبصدور يطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه . ٢ - والبائع أن يحدد للمشتري أجلاً مناسباً يسقط بانتقضائه الخيار إذا لم يرد المبيع خلال هذه المدة .

(والتقنين العراقي أخذ بخيار الرؤية المعروف في الفقه الإسلامي ، ولكنه أقام مقام الرؤية وصف الشيء وصفاً يفي عن الرؤية . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٦٧ - فقرة ٧٦ - الأستاذ عباس حسن المراف فقرة ٢٠٨ - فقرة ٢١٥ ويميز بحق)

٦٢ - القواعد العامة المنقطة بعلم المشتري بالبيع : لو أن نص المادة ٤١٩ مدني لم يوجد ، لوجب ألا يتطلب أن يكون للمشتري علماً بالبيع ذاتاً ، ولكن أن يكون المبيع معيناً تعييناً كافياً يميزه عن غيره ويكون مانعاً من الجهالة الفاحشة ولو لم يكن المشتري عالماً به . وهذه هي القواعد العامة المتعلقة بتعيين محل الالتزام ، سبق بسطها في النظرية العامة للمحل . فإذا كان المبيع داراً مثلاً ، ولم يرها المشتري ، ولكنها عينت تعييناً كافياً بأن ذكر موقعها وحدودها ، فقد كان ينبغي أن هذا التعيين يكفي ولو لم يكن للمشتري سابق علم بالدار .

فكان ينبغي إذن ألا تشترط رؤية المشتري للمبيع ، ولا سابق علمه به ، ولا وصفه بأكثر من الأوصاف التي تكني لتعيينه . على أنه يجب ألا يكون للمشتري واقعاً في غلط في صفة جوهرية في المبيع ، وهذا الغلط لا يفترض ، فعلى المشتري الذي يدعيه يقع عبء إثباته . ولكن الفقه الإسلامي ، وبخاصة للمذهب الحنفي ، يثبت للمشتري الذي لم ير المبيع خياراً يسميه خيار الرؤية ، يستطيع المشتري بموجبه أن ينقض البيع ويرد المبيع إذا رآه فوجده على خلاف ما ظن . وقد أراد التقنين المدني الجديد ، على غرار التقنين المدني السابق ، أن يوفق بين خيار الرؤية وبين القواعد العامة التي سبقت الإشارة إليها في تعيين المبيع وفي الغلط في صفة جوهرية فيه . فتعرض في إنجاز خيار الرؤية في الفقه الإسلامي ، في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب الأخرى ، ثم تنتقل إلى أحكام التقنين المدني المصري التي أريد بها التوفيق بين أحكام خيار رؤية وبين هذه القواعد العامة .

٦٣ - خيار الرؤية في الفقه الحنفي : يثبت خيار الرؤية ، في المذهب الحنفي ، في عقد البيع ، ويثبت للمشتري دون البائع . فمن اشترى عيناً معينة

= بين خيار الرؤية والغلط فيدفع بذلك عن وجود خيار الرؤية في القانون المدني العراقي على خلاف رأي الأستاذ حسن الذنون) .

تقنين الموجبات والمقود البنائي : لم يرد شيء خاص بخيار الرؤية ، فتسرى القواعد العامة المتعلقة بوجوب تعيين المبيع تعييناً كافياً .

بالبذات ، ولم يكن قد رآها لا وقت البيع ولا قبل البيع (١) ، كان له خيار إذا رآها ، ولو كان اشتراها على الصفة وظهرت على ما وصفت ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من اشترى شيئاً لم يره فهو الخيار إذا رآه . أما البائع فلا خيار له ، حتى لو لم يكن قد رأى العين التي باعها قبل بيعها . ووقت ثبوت خيار الرؤية للمشتري هو وقت الرؤية لا قبلها ، حتى لو أجاز البيع قبل الرؤية ورضى بالبيع ، فإنه له بالرغم من ذلك أن يردّه إذا رآه ، لأن زوله عن الخيار قبل أن يثبت له لا يعتد به . واختلف في جواز الفسخ قبل الرؤية ، والصحيح أنه يجوز .

والعقد حال قيام خيار الرؤية غير لازم من جهة المشتري ، فلهذا الرجوع عنه وفسخه بعد الرؤية ، بل وقبلها كما سبق القول . أما البائع فقد قلنا أنه لا خيار له ، فالعقد يكون لازماً من جهته . وعدم لزوم العقد من جهة المشتري يقرم في أساسه على فكرة الغلط ، إذ يفترض إن المشتري لم يجد المبيع على الحال التي ظنها ، بل وجده على حال لا يصلح معها للغرض المقصود ، فأساس خيار الرؤية هو غلط المشتري في شيء لم تسبق له رؤيته .

ويسقط خيار الرؤية : (١) برؤية المشتري للعين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة . ولا تلزم رؤية جميع أجزاء المبيع بل يكفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود من العين المبيعة (٢) . فإذا تمت رؤية المبيع على الوجه المتقدم جاز للمشتري إمضاء البيع برضائه بالمبيع كما جاز له فسخه . والفسخ يثبت له منذ البداية ، حتى قبل الرؤية على الرأي الصحيح كما قلنا . والمختار في المذهب الحنفي أن خيار الرؤية لا يتوقت ، بل يبقى إلى أن يوجد ما يسقطه . فليس هناك وقت معلوم يجب أن يستعمل فيه المشتري خياره في الإمضاء أو في الرد ،

(١) فإذا كان المشتري لم ير المبيع وقت الشراء ولكن كان قد رآه قبل ذلك ، فإن كان المبيع وقت الشراء على حاله التي كان عليها لم يتغير ، فلا خيار له . وإن كان قد تغير عن حاله ، فله الخيار ، لأنه إذا تغير عن حاله فقد صار شيئاً آخر فكان مشترياً شيئاً لم يراه فله الخيار إذا رآه (أنظر م ٥٢٢ مدني عراق آنفاً فقرة ٦١ في الهامش) .

(٢) أنظر في تفصيلات رؤية الشيء - وهي مأخوذة من المذهب الحنفي - المواد ٥١٨ - ٥٢١ للتقنين المدني العراقي ، وقد سبق ذكرها (آنفاً فقرة ٦١ في الهامش) .

وما دام صاكناً فخياري قائم لي أن يصدر منه ما يدل على الإمضاء أو الرد ، وعند ذلك يسقط خياره ويصبح البيع لازماً في حالة الإمضاء مستقضاً في حالة الرد . وهناك قول بأن خيار الرؤية موقت بعد الرؤية بقليل ما يمكن المشتري من الفسخ ، فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ سقط خياره وازم المبيع (١) .

(٢) بموت المشتري قبل أن يختار ، فيلزم البيع بموته . ولا ينتقل الخيار إلى ورثته ، لأن خيار الرؤية لا يورث . (٣) بهلاك بعض المبيع أو نفيه أو تغييره قبل أن يختار المشتري . (٤) بتصرف المشتري في المبيع . وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان التصرف صادراً قبل رؤية المشتري للمبيع أو بعد الرؤية . فان كان صادراً قبل رؤيته ، وكان التصرف لا يمكن رفعه كالإعناق والتدبير ، أو كان لازماً يوجب حقاً للغير كالبيع والهبة مع التسليم والرهن والإجارة ، سقط خيار الرؤية . ذلك أن تعذر فسخ هذه التصرفات يوجب لزوم البيع ، لأن الفسخ إذا تعذر لم يكن في بقاء الخيار فائدة فيسقط . ويبقى الخيار صاقطاً حتى لو انقضت هذه التصرفات اللازمة ، كما لو باع أو رهن أو أجر ثم رد عليه بعيب أو افكك الرهن أو انقضت مدة الإجارة . فخيار الرؤية لا يعود بعد أن سقط ، إذا الساقط لا يعود إلا بسبب جديد ، أما إذا كان التصرف الصادر من المشتري قبل الرؤية تصرفاً غير لازم ، كما لو باع بشرط الخيار أو عرض للبيع أو وجب ولم يسلم أو كان المبيع داراً فيعت دار بجنبها فأخذها بالشفعة ، لم يسقط خيار الرؤية ، لأن هذه التصرفات يمكن للمشتري الرجوع فيها ولا يتعذر فسخها ، وكل ما تدل عليه هو الرضا ، والخيار قبل الرؤية لا يسقط بصريح الرضا ، فبدلالة الرضا أولى ألا يسقط . بقيت التصرفات الصادرة من المشتري بعد الرؤية ، فهذه سواء كان يمكن رفعها أو يمكن ، تعذر فسخها أو لم يتعذر ،

(١) وقد اختار التقنين المدني العراقي هذا القول ، فنص في الفقرة الأولى من المادة ٥٢٢ هل أن يسقط خيار الرؤية .. بصور ما يطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يردده . وتصيب الفقرة الثانية من المادة ٥٢٣ ما يأتي : « والبايع أن يحدد المشتري أجلاً مناسباً يسقط بانقضائه الخيار إذا لم يرد للمبيع في خلال هذه المدة » (انظر آتقاً فقرة ٦١ في الهامش) .

فإنها تسقط ضيق الرؤية. إذا أقل ما تدل عليه الرضا ، والخيار بعد الرؤية يسقط
بالرضا صراحة أو دلالة (١) .

٦٤ - فهارس الرواية في المراتب الأخرى في الفن السادس :

والمذهب الحنفى وحده هو الذى يعرف خيار الرؤية على النحو الذى بسطناه ،
أما المذاهب الأخرى فتختلف أحكامها فى هذا الخيار من أحكام
للمذهب الحنفى ،

ففي مذهب مالك ، إذا كانت العين المبيعة حاضرة في مجلس العقد ولم يكن في رؤيتها مشقة وجب أن يراها المشتري ليصح العقد . فإذا اشتراها بعد رؤيتها انعقد البيع صحيحاً نافذاً لازماً ولا خيار فيه للرؤية ، وإذا اشتراها دون أن يراها لم يصح البيع . وهذا هو الحكم أيضاً إذا كانت العين قريبة جداً من مجلس العقد ، بحيث يمكن رؤيتها دون مشقة . أما إذا كانت العين غائبة عن مجلس العقد ، أو كانت حاضرة ولكن في رؤيتها مشقة كئيب يخشى أن يلحقه الفساد من تكرار التشرع عليه ، جاز بيعها على الصفة إذا لم تكن بعيدة جداً ، فتوصف وصفاً يميزها عن غيرها ويفرد بذاتيتها . فإذا بيعت العين على هذا النحو انعقد البيع نافذاً وليس للمشتري خيار الرؤية ، ولكن له خيار الوصف إن جاءت العين على غير ما وُصف . ويدخل في البيع على الوصف ما يعرف

(١) وقد جاءت هذه الأحكام نقلاً عن المنصب الحق في التقنين المدني المراقى ، فنصت المادة ١/٥٢٣ من هذا التقنين على ما يأتي : « يسقط خيار الرؤية بموت المشتري ، وبتصرفه في البيع قبل أن يراه ، وباقراره في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله بحالته ، وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وبتميب الشيء أو هلاكه بعد القبض ، وبصدور ما يبطل الخيار قولاً أو فعلاً من المشتري قبل الرؤية أو بعدها ، وبمضي وقت كاف يمكن المشتري من رؤية الشيء دون أن يراه » (انظر آتياً فقرة ٦١ في الهامش) . ويلاحظ أن التقنين المراقى أضاف سببين في إسقاط خيار الرؤية : وصف الشيء وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت ، وإقرار المشتري في عقد البيع أنه قد رأى الشيء وقبله وبحالته . وسنرى أن التقنين المصري هو أيضاً جعل هذين السببين مسقطين لخيار الرؤية : فوافق بذلك بين أحكام خيار الرؤية في الفقه الإسلامي والقواعد العامة المتعلقة بتعيين البيع .

وانظر في خيار الرزية في الملحق الحق مصادر الحق في الفقه الاسلامي للمؤلف جزء ٤ ص ٢٤٨ - ٢٥٨ ، حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية في خيار الرزية .

بالباع على البرنامج ، بأن تذكر أوصاف العين في دفتر مكتوب ، فيشترى بها المشتري على هذه الأوصاف ، فان وجدت لزوم البيع ، وإلا كان للمشتري خيار الوصف . وبغنى عن الوصف رؤية متقدمة ، بأن يكون المشتري قد سبق له أن رأى العين قبل البيع ولم تتغير العين وقت البيع عما كانت عليه وقت الرؤية . فاذا لم تسبق للمشتري رؤية العين ، ولم توصف على النحو المتقدم أو وصفت ولكنها كانت بعيدة جداً ، لم يجوز البيع إلا إذا جعل المشتري لنفسه الخيار إذا رأى المبيع . أما إذا انعقد البيع على الإلزام بأن اشترط البائع على المشتري ألا يكون له الخيار أو صكت العقدان عن شرط الخيار ، فالبيع باطل . ويستخلص من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في مذهب مالك ، إلا في حالة العين الغائبة التي لم توصف ، أو في حالة العين البعيدة جداً ولو وصفت ، مادامت العين في هاتين الحالتين لم تسبق رؤيتها ، ولا ثبت الخيار إلا بالشرط .

وفي مذهب الشافعي ، في قوله القديم ، يجوز بيع العين الغائبة ويثبت للمشتري خيار الرؤية . ثم إن في افتقار صحة البيع إلى ذكر صفات المبيع ثلاثة أوجه : أحدها أنه لا يصح حتى تذكر جميع الصفات ، والثاني أنه لا يصح حتى تذكر الصفات المقصودة ، والثالث أن صحة البيع لا تنفقر إلى ذكر شيء من الصفات فيجوز بيع العين الغائبة دون وصف لأن الاعتماد على الرؤية وقد ثبت للمشتري خيارها . وأما إذا رأى المشتري المبيع قبل العقد ثم اشتراه دون أن يراه وقت البيع ، فإن كان مما لا يتغير كالعقار ونحوه جاز بيعه . وهذا القول القديم في مذهب الشافعي يقارب المذهب الحنفي في خيار الرؤية ، فهو يثبت للمشتري هذا الخيار حتى لو ذكر جميع صفات المبيع . وفي القول الجديد رؤية المبيع شرط في صحة العقد ، سواء كانت العين حاضرة أو غائبة ، وسواء لم يسبق للمشتري رؤيتها أو سبق ، ففي جميع الأحوال لا يصح البيع إلا في المبيع المرئي وقت العقد . ومن ثم لا يكون للمشتري خيار الرؤية ، فهو قد رأى العين وقت العقد ورضى شرائها ، بل إن رؤيتها وقت العقد شرط في صحة البيع كما قلنا (١) .

(١) والشافعي ، في اشتراطه في قوله الجديد رؤية المبيع وقت انعقد لصحة البيع ، ينفصل كثيراً في مجال التعامل . وهو يحتاج لقوله هذا ينهى النبي عليه السلام من بيع الفرد والفرد موجود فيما لم يره المشتري ، وينهى عليه السلام من بيع ما ليس عند الإنسان والمراد ما ليس عند

والظاهر في مذهب أحمد بن حنبل أن العين الغائبة التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها لا يصح بيعها . فيجب ، حتى يصح العقد ، إما الرؤية من المشتري والبائع جميعاً ، وإما سبق الرؤية بزمان لا تتغير العين فيه ، وإما وصف العين بحيث يذكر من صفاتها ما يكفي لصحة السلم . فان وقع البيع على هذا النحو كان صحيحاً لازماً ، وليس للمشتري ولا للبائع خيار الرؤية فيه . لكن إذا وصف المبيع فجاء على غير الوصف ، كان للمشتري خيار الخلف في الوصف . وإذا كانت العين حاضرة في مجلس العقد ، اشترطت رؤية ما هو مقصود بالبيع ، وهذا ما لم يوصف المبيع . وينبئ من ذلك أن خيار الرؤية غير معروف في الظاهر من مذهب أحمد ، إذ البيع لا يصح إلا برؤية المبيع أو بوصفه ، فلا مجال بعد ذلك لخيار الرؤية (١) .

ويستخلص مما قدمناه في المذاهب الثلاثة أن وصف المبيع يفتى عن رؤيته ، فالبيع على الوصف جائز ، وليس للمشتري عند ذاك خيار الرؤية وإنما له خيار الخلف في الوصف . وهذا الذي استخلص من المذاهب الثلاثة هو ما أكمل به التقنين المدني المصري أحكام خيار الرؤية بعد أن أخذ هذه الأحكام من المذهب الحنفي ، فجعل الوصف مغنياً عن الرؤية ، بل جعل إقرار المشتري أنه عالم بالمبيع بمثابة الرؤية كما سنرى .

= يحاضر مرقى للمشتري . ويذهب إلى أن المقصود في المبيع هو المالية ومقدار المالية لا يصير معلوماً إلا بالرؤية ، فالجهل بمقدار المالية قبل الرؤية بمنزلة انعدام المالية . ويقول إن البيع بيع دين وبيع عين . والطريق لمعرفة المبيع فيما هو دين الوصف ، وإذا تراخى الوصف عن حالة العقد لم يجوز البيع . أما الطريق لمعرفة العين فهو الرؤية ، وإذا تراخى الرؤية عن حالة العقد لم يجوز هنا أيضاً البيع (مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف ، ص ٢٦٤) .

(١) وهناك رواية ثانية في مذهب أحمد ، هي أنه يجوز بيع العين التي لم توصف ولم تتقدم رؤيتها ، ويكون للمشتري في هذه الحالة خيار الرؤية ، بل إن البائع يكون له هو أيضاً خيار الرؤية إذا لم تسق له رؤية المبيع . وفي رواية ثالثة أن البيع على الصفة لا يجوز ، وإن البيع على رؤية سابقة لا يجوز ، فيشترط إذن في صحة البيع رؤية المبيع حال العقد . وتتفق هذه الرواية الثالثة في مذهب أحمد مع مذهب الشافعي في قوله الجديد .

وانظر في خيار الرؤية في المذاهب الثلاثة مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٤ ص ١٥٩ - ص ٢٦٧ ، حيث ذكرت المصادر والنصوص الفقهية .

٦٥ - خيار الرؤية في التقنين المدني المصري : وعند نقل التقنين

المدني الجديد ، هل غرار التقنين المدني السابق ، خيار الرؤية على الفقه الإسلامي ، مع بعض تعديلات تظهر مما يأتي (١) .

فقد أوجب - في المادة ٤١٩ مدني وقد تقدم ذكرها - أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً . والعلم بالمبيع شيء غير تعيين المبيع ، فقد يكون المبيع معيناً كل التعيين ولكن المشتري لا يعلمه . والأصل في العلم بالمبيع أن يكون برؤية المبيع ذاتاً ، ولكن التقنين المدني لم يجعل الرؤية هي الطريق الوحيد لتحصيل العلم بالمبيع ، بل جعل إلى جانب هذا الطريق طريقين آخرين .

أولاً : أن يشتمل عقد البيع على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه . وهذه خطوة أبعد من تعيين المبيع ، إذ يكفي في تعيين المبيع أن يكون معروفاً بذاته لا يقع لبس فيه . فإذا باع شخص داراً معروفة للناس إذا ذكرت فلا يقع لبس فيها ، كانت العين المبيعة معينة تعييناً كافياً ، ولكن المشتري قد لا يكون رأى الدار وليس له سابق علم بها . فلا يكفي إذن ، لصحة البيع ، أن تكون الدار معينة تعييناً كافياً ، بل يجب أيضاً بيان أوصافها الأساسية بياناً يمكن من تعرفها ، فيذكر موقع الدار وحدودها ومساحتها وعدد طبقاتها وما يتبع الدار من ملحقات ونحو ذلك مما يجعل صورة الدار مرسومة رسماً واضحاً في ذهن المشتري ، فهذا الوصف الدقيق يقوم مقام الرؤية (٢) . وقد رأينا أن المذاهب الثلاثة ، بخلاف المذهب الحنفي ، تستفي من الرؤية بالوصف .

ثانياً : إقرار المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع . فقد لا يوصف المبيع المعين على النحو الذي قلناه ، ولكن المشتري يذكر في عقد البيع أنه يعرف المبيع أو صفت له رؤيته ، فيكون إقراره هذا حجة عليه . ولا يستطيع بعد ذلك أن يظن في البيع بالابطال بدهوى عدم علمه بالمبيع ، إلا إذا أثبت

(١) وفي القانون الفرنسي بيع قريب من البيع بخيار الرؤية يسمى البيع مع الاحتفاظ بحق المردول *vente en disponible* ، وهو بيع بفسائع في مخازن البائع لم يرها المشتري ، وله الحق في قبولها أو رفضها عند رؤيتها (أنظر في هذا البيع بودري وسينيا فقرة ١٨٣ رابعا) .

(٢) استئناف وطني ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المأماة ٢ رقم ١٢٢/٢ ص ٤٨٦ - استئناف

أن البائع قد دلس عليه ، بأن أراه مثلاً عيناً أخرى وأوهمه أنها العين المبيعة ،
ففي هذه الحالة له أن يتمسك بإبطال البيع للتدليس لا للغلط (١)

ونرى من ذلك أن خيار الرؤية في التقنين المدني المصري قد آل في النهاية
إلى وصف المبيع في عقد البيع وصفاً مميزاً له عن غيره بحيث يتمكن
المشتري من تعرفه . فإذا لم يوصف على هذا النحو ، وجب على الأقل أن يقر
المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع .

ولا يظهر إذن خيار الرؤية إلا في الفرض النادر الآتي : تكون العين المبيعة
معبنة تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة ، ولكنها لا توصف الوصف المميز الذي يمكن
من تعرفها ، وفي الوقت ذاته لا يقر المشتري في عقد البيع أنه عالم بالمبيع ،
ولم يكن قد سبقت له رؤيتها . ففي هذه الحالة وحدها يثبت للمشتري خيار
الرؤية ، على نحو لاهم فيه التقنين المدني بين أحكام الفقه الإسلامي والمبادئ
العامة للقانون المدني (٢) فخرج خيار الرؤية على نظرية الغلط ، واقترض أن

(١) استئناف وطني ٢٨ مارس سنة ١٩٠٨ الحقوق ٢٣ ص ١٨٥ - استئناف مختلط
٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٢٥ - وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤١٩ مدني : « وإذا
ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه
به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع » . ولما كان الإقرار بالعالم بالمبيع هو حجة على المشتري ،
كما قدسنا ، فهو دليل على أن المشتري لم يقع في غلط في شأن وفاة المبيع بالفرض المقصود منه ،
ومن ثم يكون البيع صحيحاً . ويكون من غير الدقيق أن يقول النص في هذا الصدد إن المشتري
« يسقط » حقه في طلب إبطال البيع ، فالمشتري لا يستطيع الطعن في البيع ، لا لأن حقه في طلب
إبطال البيع قد سقط ، بل لأن البيع صحيح وليست هناك دعوى لإبطال أصلاً حتى يقال عنها إنها
قد سقطت (أنظر في هذا المعنى الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ ص ٧١ - الأستاذ
مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري ص ٧١ هامش رقم ٤) .

(٢) فإذا ثبت ، رغم عدم وصف المبيع الوصف المميز له ورغم عدم إقرار المشتري في عقد
البيع أنه عالم بالمبيع ، أن المشتري لم يكن يجهل المبيع وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ،
لم يدر له حق الطعن في البيع . وهذه مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض . وقد قضت محكمة
النقض بأنه إذا كانت محكمة الموضع قد استخلصت أن المشتري لم يكن يجهل مساحة المنزل الذي
اشترى ، وأنه عاينه بنفسه وتحقق من أوصافه ، وكان هذا الاستخلاص سليماً مبنياً على ما أورده
في حكمها من وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ، فلا يجوز بعد ذلك إثارة هذا الأمر أمام محكمة
النقض لتعلقه بموضوع الدعوى (تنقض مدني ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣
رقم ٧٢ ص ٢٥٩) .

المشتري في الحالة التي نحن بصدددها ، إذا رأى المبيع فلم يجده وائياً بالغرض المقصود ، قد وقع في غلط جوهرى في شأن المبيع . فهو لم يره ولم يوصف له ، ولكنه أقدم على شرائه بالرغم من ذلك ظاناً أنه يفي بالغرض المقصود . فلما رآه وجده غير وافي بهذا الغرض ، فيكون قد وقع في غلط جوهرى كما قلنا ، وله أن يطلب إبطال البيع وفقاً للقواعد المقررة في نظرية الغلط (١) . وخصوصية الغلط هنا أنه غلط قد أعفى المشتري من إثباته ، فهو غلط مفترض ، وبكفى أن يدعيه المشتري حتى يصدق بقوله ، بل يطلب منه أن يحلف اليمين . فما دام أنه لم ير المبيع من قبل ، ولم يوصف له الرصف اللازم ، ولم يقر أنه عالم به ، فالمفروض قانوناً أنه إذا رد المبيع بعد رؤيته فليس ذلك إلا نتيجة لوقوعه في غلط جوهرى من حيث وفاء المبيع بالغرض المقصود (٢) .

(١) والذي يقطع في أن التقنين المدني قد خرج خيار الرؤية على نظرية الغلط أن المشروع التمهيدى للفقرة الثانية من المادة ١١٩ كانت تجري على الوجه الآتى : « إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في الطعن على البيع بدعوى عدم علمه بالمبيع » . وفي لجنة المراجعة حدد في دقة الجزاء على عدم العلم وهو طلب الإبطال (أنظر تاريخ نص المادة ١١٩ آنفاً فقرة ٦١ في الهامش) . ويخلص من أن الجزاء على عدم العلم بالمبيع - أى عدم الرؤية - هو إبطال البيع ، ولا يكون الإبطال في هذه الحالة إلا للغلط .

وانظر في أن المقصود بعدم العلم بالمبيع هو عدم الرؤية المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ص ١٩ ، وقد سبق ذكرها آنفاً (فقرة ٦١ في الهامش) .

(٢) وإذا فرضنا أن المشتري قد ثبت له خيار الرؤية على النحو الذى بيناه ، فهل يسقط هذا الخيار بما يسقط به في الفقه الإسلامى مادام أنه مأخوذ ؟ نرى الأخذ بهذا الرأى ، فيسقط خيار الرؤية في التقنين المدنى المصرى بما يأتى : (١) برؤية المشتري للمين المبيعة ورضائه بها صراحة أو دلالة . فإذا رأى المشتري المين وسكت بحيث يفهم من سكوتة رضائه بالمبيع ، فقد سقط خياره . أما إذا أعلن المبيع لائى بالغرض المقصود ، فإن له أن يطعن في البيع بالإبطال للغلط ، ولا تسقط الدعوى إلا بمضى ثلاث سنين من وقت رؤيته للمين ، كما هو الأمر في دعاوى الإبطال ، وذلك كله بشرط أن يعلن عدم رضائه بالمبيع عند رؤيته در تأخر ، وإلا عد راضياً به وسقط خياره . (٢) بموت المشتري قبل أن يختار ، لأن خيار الرؤية لا يورث . (٣) بهلاك المبيع أو تيب أو تغيره قبل أن يختار المشتري . (٤) بتصرف المشتري في المبيع قبل رؤيته تصرفاً يثبت حقاً للغير على المين المبيعة ، كما إذا باعها أو رهنها . أما تصرفه في المبيع بعد رؤيته فهذا يستخلص منه رضاه ضمنى بالمبيع ، ومن ثم يسقط خياره . وفي هذا الصدد يحسن التمييز بين نزول المشتري بين خياره وبين رضائه بالمبيع . ففي الحالتين لا يكون له خيار . ولكنه في الحالة الأولى يكون قد ثبت له الخيار ونزل عنه ، أى أنه تبين أنه كان واقعاً في غلط في شأن المبيع ومع ذلك نزل عن دعوى الإبطال وأجاز البيع . أما في الحالة الثانية فإنه برضائه بالمبيع يكون قد أقر أنه لم يقع في غلط أصلاً ، بل إن البيع قد نشأ صحيحاً منذ البداية

هذا هو القدر الذى أخذ به التقنين المدنى فى خيار الرؤية . وفى هن البيان أنه لو لم يأخذ بهذا القدر ، وادعى المشتري بعد رؤية المبيع أنه وقع فى غلط جوهرى من حيث وفائه بالغرض المقصود ، لكان عليه عبء إثبات هذا الغلط . فتحرر الغلط من غلط واجب الإثبات إلى غرض مفترض هو الأثر الذى ترتب على أخذ التقنين المدنى بخيار الرؤية (١)

المبحث الثالث

بعض البيوع الموصوفة

٦٦ - يرد على البيع ما يدخل على سائر العقود من أوصاف :

والبيع كسائر العقود قد تدخل عليه أوصاف مختلفة ، فيكون معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل ، ويكون متعدد المحل بأن يكون بيعاً مع خيار التعيين أو بيعاً ينطوى على التزام بدلى كالبيع بالعربون . والقواعد العامة التى سبق أن بسطناها فى أوصاف الالتزام من شرط (٢) وأجل (٣) ومن التزام تخييرى (٤) والالتزام

انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠ وفقرة ٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٤١ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٤٢ - ٤٣ - وقارب الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٨٠ - فقرة ٨١ - وقارن الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٠٦٥ - الأستاذين احمد نجيب الهلالي وحامد زكى هاشم ص ٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١١٤ - فقرة ١١٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٧٨ - فقرة ٧٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٢٩ .

(١) فتكون خصوصية الغلط هنا من ناحيتين : أولاً - أنه غلط خاص بوفاء العين المبيعة . بالنظر المقصود منها . ثانياً - أنه غلط يفترضه القانون ويقتضى المشتري من إثباته ، فيصدق المشتري بقوله دون يمين .

(٢) ونشير هنا فى إيجاز إلى أثر تعليق البيع على الشرط فى نقل الملكية . فإذا كان الشرط واقفاً ، فإن الملكية الباتة لا تنتقل إلى المشتري بل تنتقل إلى ملكية معلقة على شرط واقف ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط فاسخ . ويترتب على ذلك النتائج الآتية : (١) يمكن تسجيل البيع فى العقار قبل تحقق الشرط الواقف ، بل إن التسجيل يبدو ضرورياً فى حق الغير ، فإن المشتري إذا سجل البيع وتحقق الشرط استطاع أن يمتنع بالبيع على أى شخص يمكنه قد كسب حقاً مالياً على المبيع بعد التسجيل وقبل تحقق الشرط . (ب) ويجب

= في هذه الحالة دفع رسوم التسجيل ، فإذا لم يتحقق الشرط و زال البيع بأثر رجعي ، ردت هذه الرسوم إلى المشتري . وإذا لم يسجل المشتري البيع إلا بعد تحقق الشرط ، فإن رسوم التسجيل الواجبة في هذه الحالة هي الرسوم التي كانت نافذة وقت البيع ، لأن الملكية انتقلت إلى المشتري بأثر رجعي يستند إلى هذا الوقت ، لا الرسوم التي تكون نافذة وقت التسجيل بفرض أن هناك تعديلات أجري في رسوم التسجيل فزاد فيها أو نقص منها . (ج) يثبت للبائع في ذمة المشتري أثناء تعليق الشرط حق في الثمن ، وهو حق معلق على شرط واقف ، يجوز للبائع النزول عنه لفير خاضعاً لهذا الشرط . (د) ولكن تبعة دلاك المبيع قبل تحقق الشرط تكون على البائع ، فمحقق الشرط بعد ذلك أو تخلف ، إذ لا يكون للشرط في هذه الحالة أثر رجعي (م ٢٧٠ / ٢ مدني) - ربما إذا كان الشرط فاسخاً ، فالذي ينتقل إلى المشتري هو ملكية معلقة على شرط فاسخ ، وتبقى عند البائع ملكية معلقة على نفس الشرط ولكنه شرط واقف . ويتربط على ذلك النتائج الآتية :

(أ) يجب على المشتري تسجيل البيع في العقار حتى تنتقل إليه الملكية المعلقة على شرط فاسخ حتى فيما بينه وبين البائع . (ب) رسوم التسجيل واجبة الدفع هي الرسوم النافذة وقت حصول التسجيل وإذا تحقق الشرط الفاسخ فزال البيع بأثر رجعي ، لم ترد رسوم التسجيل إلى المشتري ، وهذا خلاف ما يقتضيه الأثر الرجعي لتحقق الشرط الفاسخ . ولكن البائع لا يدفع رسوماً جديدة عندما يتردد الملكية بسبب تحقق الشرط الفاسخ ، ويقتصر على التأثير على هامش التسجيل السابق بتحقيق الشرط . وإذا لم يسجل المشتري البيع ثم أصبح واضحاً أن الشرط الفاسخ قد تخلف ، فأصبحت ملكية المشتري ملكية بانه ، وسجل المشتري البيع عند ذلك ، فانه يفت مالكا من وقت البيع لا من وقت تحقق الشرط ، فإن رسوم التسجيل التي كانت نافذة وقت البيع لا تلك التي تكون نافذة وقت التسجيل . (ح) يثبت للبائع في ذمة المشتري أثناء تعليق الشرط حق في الثمن ، وهو حق معلق على شرط فاسخ ، يجوز للبائع النزول عنه خاضعاً لهذا الشرط . (د) تبعة دلاك المبيع بعد تسليمه ، إذا حدث البيع أثناء تعليق الشرط ، تكون على المشتري وله تحقيق الشرط الفاسخ ، إذ لا يكون لتحقيقه أثر رجعي (م ٢٧٠ / ٢ مدني) .

انظر في تعليق البيع على شرط واقف استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٠٨ وفي خيار الشرط للبائع (pactum additionis in diem) وخيار الشرط لكل من المتبايعين (pactum displicentiae) ، فإذا لم يعدل من له الخيار عن البيع في الميعاد المتفق عليه أصبح البيع باتاً : استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥١ - أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٢ ص ٤٤ .

(٣) اقتران البيع بالأجل لا شأن له بالالتزام بنقل الملكية ، إذ الملكية لا تقترن بأجل . والذي يؤجل في البيع عادة هو تسليم المبيع إلى المشتري ودفع الثمن إلى البائع . وقد يشترط دفع الثمن على أقساط سنوية يشمل كل قسط منها على الجزء المستحق من الثمن سرياً وأخرى هذا الجزء مع أرباح المبالغ الباقية من الثمن ، فيعتبر كل قسط جزءاً من الثمن فلا يسقط بخلافه غوات بل بخمس عشرة سنة ولو أنه يشمل في جزئه منه اعوائد المستحقة (الأستاذان أحمد نجيب الهلواز وحامد زكي فقرة ٢٩٩) .

(٤) فيقع البيع على أشياء متعددة : كإحدى خيار التخيير فيها إما للمشتري وإما للبائع .

بدل (١)، وكذلك في البيع بالعربون (٢)، هي التي تنطبق، فلانعود إليها هنا (٣).
 وإنما نقف عند بعض يوع موصوفة كثيرة الوقوع في العمل. فنبط
 ما يميزها من خدائس، ونختار البيوع الآتية: (١) البيع بشرط التجربة
 (vente à la dégustation) (٢) البيع بشرط المذاق (vente à l'essai)
 (٣) بيع الوفاء (vente à réméré) (٤) للبيع بالتنسيط مع الاحتفاظ
 بالملكية حتى استيفاء الثمن (vente à tempérament) أو الإيجار السائر للبيع
 (location-vente) (٥) البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير (vente avec
 faculté d'élire commande)

١٥. البيع بشرط التجربة

(Vente à l'essai)

٦٧ - المصوصى القانونية: تنص المادة ٤٢١ من التقنين المدني

على ما يأتى:

١ - في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه،

-
- (١) فيقع البيع على شيء معين، ولكن يجوز للبائع أن يستبدل به شيئاً آخر فترا دمه.
 (٢) أنظر في البيع بالعربون آنفاً فقرة ٤٤ - فقرة ٤٦.
 (٣) وتوجد بيع موصوفة تقع كثيراً في التأمل التجارى، منها: (١) البيع بالفلانة
 (vente par filière)، وهو بيع ينتهى إلى دفع الفروق (استثناء مختلط ٥ مايو سنة ١٩٢٠ م
 ٣٢ ص ٣٠٦). (ب) بيع المحمول فى سفينة معينة (vente sur navire désigné)،
 وتعين فيه السفينة التى تحمل المبيع، فإذا لم يأت فى السفينة المعينة كان لابد من إعدار البائع لإمكان
 نسخ البيع (استثناء مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٩٦)، وأنظر أيضاً فى هذا
 الصرب من البيع: استثناء مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣١٢ - ١٠ مايو
 سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٩١ - ٢٣ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٦٠ - ١٢ مايو سنة ١٩٢٦
 ٣٨٠ ص ٤٠٢ - ٣ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٣ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧
 ص ١٥٤ - (ج) البيع بشرط سلامة الوصول (vente à l'heureuse arrivée du navire)،
 (أنظر بودرى وسينيا ص ١٩٣ - ص ١٩٤) - (د) البيع بشئ شامل لمصروفات النقل
 والتأمين (la clause coût, fret, assurance compris- Caf., Cif.) وسنعود إليه
 فيما يل (أنظر فقرة ٢٤٨).

وعلى البائع أن يمكنه من التجربة . فإذا رفض المشتري المبيع وجب أن يعلن
الرفض في المدة المتفق عليها ، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة
يعينها البائع ، فإن انقضت هذه وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع
اعتبر سكوته قبولا .

٢٥ - ويعتبر البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف هو قبول المبيع ،
إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ (١) .
وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٤٢/٣٠٨ (٢) .

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٣٨٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٠ - وفي التقنين المدني العراقي
المادة ٥٢٤ - وفي تقنين الموجبات والعقد السناني المادة ٣٧٤ بند ٣
والمادة ٣٩١ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦١ من المذروع التمهيدى على وجه يكاد
يكون مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وفي لجنة المراجعة أدخل على النص تعديل
لفظي طفيف أصبح بعده مطابقاً ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٤ في المذروع النهائي . ووافق عليه
مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢١ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥ -
ص ٢٧) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٠٨/٢٤٢ : البيع على شرط التجربة يعتبر موقوفاً على
تمام الشرط .

(ولا فرق في الأحكام بين التقنينين السابق والجديد ، إلا أن نص التقنين السابق جاء مقتضياً
واقصر على تقرير أن البيع بشرط التجربة يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف . أما التقنين الجديد
فاعتبر أن هذا هو الأصل ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ .
ثم يبين التقنين الجديد كيف تم التجربة ، والمدة التي تم فيها ، وما هو حكم سكوت المشتري عن
القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، وهذه كلها مسائل لا تخلو من أهمية عملية ، المذكورة
الإيضاحية للمذروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٥ - ٢٦)

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٨٩ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري - وانظر
في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٥٦ - فقرة ٦٢) .

التقنين المدني الليبي م ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٢١ من التقنين المدني المصري) .

(الوسيط - م ٩)

ويعتبر من النص أن البيع قد يعلق على شرط التجربة ، فنبحث في هذا الصدد المسائل الآتية : (١) كيف يعلق البيع على شرط التجربة ، (٢) كيف تكون التجربة والوقت الذي تم فيه ، (٣) التجربة كشرط واقف ، (٤) التجربة كشرط فاسخ .

٦٨ - كيف يعلق البيع على شرط التجربة : يكون ذلك عادة بأن يشترط المشتري أن يجرب المبيع ليتبين صلاحيته للغرض المقصود منه أو ليستوثق من أن المبيع هو الشيء الذي يطلب ، ولا يكون مجرد رؤية المبيع كافياً للاستيثاق من ذلك .

وأكثر ما يكون شرط التجربة صريحاً . ولكنه قد يكون ضمناً ، يستخلص من طبيعة المبيع أو من ظروف التعامل . ف شراء ملابس ينطوي عادة على شرط ضمني أن المشتري قد اشتراها بشرط تجربتها ، حتى إذا كانت لا تناسبه نقض البيع (٢) . وشراء آلات ميكانيكية للزراعة أو الصناعة أو لغير ذلك من الأغراض ، إذا كانت من الدقة بحيث لا يستوثق من صلاحيتها إلا بعد تجربتها ، تفترض فيه التجربة شرطاً ضمناً . وإذا اشترى شخص سيارة مستعملة لم يسبق له فحصها ، فالغالب أن يشترط أن يكون البيع بشرط التجربة ، وكثيراً ما يكون هذا الشرط مفهوماً ضمناً من ظروف التعامل ومن سبق استعمال السيارة . وقد يستفّر

= التقنين المدني العراقي م ٥٢٤ (مطابقة للمادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨١ - فقرة ٨٧ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٧ - فقرة ٢٢٤) .

تقنين المرحبات والمقود اللبناني م ٢٧٤ بند ٣ : يكون البيع : ١ - إما . . . ٢ - وإما على شرط التجربة .

م ٣٩١ : إن البيع على شرط التجربة يعد في جميع الأحوال منعقداً على شرط التعليق . (ولا فرق بين التقنين اللبناني والتقنين المصري ، غير أن التقنين اللبناني لما جمل بيع التجربة سقداً على شرط التعليق لم يبين هل الأصل في هذا الشرط أن يكون شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً ، أما التقنين المصري فقد بين كما رأينا أن الأصل في شرط التجربة أن يكون شرطاً واقفاً) . (٢) بودري وسينيا فقرة ١٦٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٨ .

العرف في أشياء معينة أن يكون شراؤها معلقاً على شرط التجربة : فيفهم الشرط ضمناً عن طريق العرف .

ونرى من ذلك أن البيع بشرط التجربة يقع عادة على الأشياء التي لا يمكن الاستيثاق منها إلا بعد استعمالها ، كالملابس والآلات الميكانيكية والآلات الكاتبة والتركيبات الكهربائية والأنسدة والسيارات والآلات الفوتوغرافية والصور والتابلوهات والراديوهات والأثاث المنزلي وكلاب الصيد وخيل السباق ونحو ذلك . وكل هذه الأشياء منقول ، ولكن لا يوجد مانع من أن يقع بيع التجربة على عقار فيشترط المشرى لمنزل سكناه أن يكون البيع بشرط التجربة .

٦٩ - كيف تكون التجربة والوقت الذي نتم فيه : إذا كان البيع

بشرط التجربة ، وجب أن يمكن البائع المشتري من تجربة المبيع ، ويكون ذلك عادة بتسليمه إياه لاستعماله بنفسه (١) . وليس من الضروري أن تكون التجربة بمحض من البائع ، فيجوز أن يجرب المشرى المبيع للاستيثاق من صلاحيته بعيداً عن البائع .

والتجربة يقصد بها أحد أمرين :

١ - إما لتبين أن المبيع صالح للفرض المقصود منه ، كأن يكون آلة ميكانيكية للحرث أو للدراسة ، فيجربها المشتري ومثي تبين أنها تصلح للحرث أو للدراسة فلا يستطيع أن يتحكم وينقض البيع بدعوى أن المبيع غير صالح . فالصلاحية هنا معيارها وفاء المبيع بالأغراض المقصودة منه ، فمضى وجد المبيع صالحاً للوفاء بهذه الأغراض فلا يملك المشتري أن يرفضه ، وإذا وقع خلاف

(١) والمشتري مطالبة البائع بتسليم المبيع لتجربته ، حتى لو حجز عليه دائن البائع ، وحتى لو أفلس البائع بعد البيع وقبل التسليم . ولو كان بيع التجربة معلقاً على شرط واقف ، فإنه يتحقق الشرط ورضاء المشتري بالمبيع بعد تجربته يعتبر مالكا إياه من وقت البيع أى من وقت سابق على الحجز والإفلاس ، ومن باب أولى لو كان بيع التجربة معلقاً على شرط فاسخ (بلانويل وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢١١ ص ٢٤٩ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٢٧) .

حسبه الخبراء . وهنا يقترب معنى صلاحية المبيع من معنى خلوه من العيوب
نسبة إذ المبيع غير الصالح يكون منطقياً عادة على عيب حتى يجعله غير صالح .
٢ - وإما للإستباق من أن المبيع يستجيب لحاجة المشتري الشخصية ،
فإذا اشترى ملابس أو مرساً أو منزلاً للسكنى بشرط التجربة ، فالعبرة ليست
بصلاحية المبيع في ذاته بل بعلامته للمشتري . فقد تكون الملابس أو القمص
أو المنزل صالحة في ذاتها ، ولكن المشتري لم ترقه الملابس أو لم يجد في القمص
صفات خاصة كان يتطلبها أو لم يرتع للسكنى في المنزل ، فله عند ذلك أن يرفض
المبيع ، والقول في ذلك قوله هو لا قول الخبراء . وقد عرضت المذكرة
الإيضاحية للمشروع التمهيدى لهذا الأمر الثانى إذ تقول : « ولم يقتصر المشروع
على إدخال هذا التعديل ، بل بين كيف تم التجربة ، فقرر إلزام البائع
بتمكين المشتري من تجربة المبيع ، وللمشتري حرية القبول أو الرفض ، فهو وحده
الذى يتحكم في نتيجة التجربة . وقد جرى المشروع في ذلك التقنين الألمانى (م ٤٩٥)
والتقنين النمساوى (م ١٠٨٠ معذلة) وتقنين الالتزامات السويسرى (م ٢٢٣)
والتقنين البولونى (م ٣٣٩) ، فان المفروض أن يكون المبيع من الأشياء التى
يتطلب فيها أن تناسب المشتري مناسبة شخصية ، فهو وحده الذى يستطيع
أن يقرر ذلك (١) . وغنى عن البيان أن ما ورد في المذكرة الإيضاحية إنما
يفرض الأمر الثانى ويعتبره هو المتفق عليه بين المتابعين ، ولكن ذلك لا يمنع
من أن يتفقا على أن المقصود بالتجربة هو الأمر الأول ، أى أن يكون الشيء
صالحاً في ذاته للأغراض المقصودة منه ، ومتى وقع خلاف بين الطرفين في ذلك
حسم الخلاف أهل الخبرة (٢) . فالعبرة إذن باتفاق المتابعين ، فان قصداً

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦

(٢) أنظر في أن التجربة يقصد منها ذلك غالباً بودرى وسينيا فقرة ١٦٥ - وأنظر لوران
٢٤ فقرة ١٤٨ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٢٤٩ ص ١٣ . وأنظر في الفقه المصرى : الأستاذ
سليمان مرقس فقرة ٢٨ ص ٥٢ - ص ٥٣ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٣١ ص ٥١ -
الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١١٢ ص ١٦٧ وهامش رقم ٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور
فقرة ٤٩ ص ٨٥ - ص ٨٦ . الأستاذ عباس حسن للصراف فقرة ٢٢٠ (في الفقه العراقى)
وقارن الأستاذ أبو زر سلطان فقرة ٤٢ ص ٥٧ - ص ٥٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٨
ص ١٥٥ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٢٦ ص ٥٩ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٢
(في الفقه السورى) . الأستاذ حسن الذنون فقرة ٨٢ (في الفقه العراقى) .

من التجربة صلاحية الشيء في ذاته كان للخبراء القول الحاسم ، وإن قصدنا منها مناسبة الشيء لحاجة المشتري الشخصية كان قول المشتري هو القول الأخير . وإذا وقع شك في تصدهما ، فالمفروض - نظراً لعبارة النص ولما جاء في المذكرة الإيضاحية - أن المقصود هنا مناسبة المبيع لحاجة المشتري ، فيكون للمشتري القول الحاسم في صلاحية المبيع .

والتجربة - سواء كان القصد منها تبين الصلاحية في ذاتها أو المناسبة لحاجة المشتري الشخصية - يجربها المشتري بنفسه في العادة ، لا سيما إذا كان القصد منها الاستيثاق من مناسبة المبيع لحاجته . ولكن قد يستعين فيها برأي صديق أو رأي خبير ، كما في الصور والتابلوهات والآلات الميكانيكية (١) .

وكثيراً ما يحدد المتبايعان وقتاً معيناً يعلن فيه المشتري نتيجة التجربة (٢) . فإذا لم يحددوا وقتاً لذلك ، جاز للبائع أن يفهم هو بتحديد مدة معقولة ، وللقضاه حق الرقابة عليه في ذلك (٣) .

فإن قبل المشتري المبيع أو رفضه في خلال مدة التجربة ، اعتبر البيع من وقت إعلان القبول أو الرفض . بيعاً تاماً أو كأنه لم يكن تبعاً للقبول أو الرفض (٤) .

(١) وإذا مات المشتري قبل التجربة ، انتقل حقه إلى ورثته (نبيه فقرة ١٧١ - ترولون ١ فقرة ١١٢ - جيوار ١ فقرة ٤٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٤ ص ١٥٧) .

(٢) فإذا لم يتمكن المشتري من تجربة المبيع في المدة المحددة لسبب أجنبي لا يد له فيه ، فالظاهر أن يكون البائع بالخيار ، إما أن يمهل المشتري مدة أخرى لتجربة المبيع : وإما أن يفسخ البيع فيتحلل من التزاماته . والمشتري أن يمنع البائع من المسخ إذا هو قبل المبيع بالرغم من عدم تمكنه من تجربته (أنظر في هذا المعنى في القانون السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٠ ص ٩٣) .

(٣) وإذا سكت المشتري وقتاً طويلاً دون أن يعلن نتيجة التجربة ، فالمفروض أن يفتاه ساكناً هذه المدة الطويلة يتضمن قبوله المبيع (استثنائات مخطط ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٠٤ - ٢ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢٢٩) .

(٤) وقد يتفق المتبايعان على أنه في حالة رفض المشتري للشيء بعد تجربته يجب عليه شراء شيء آخر من نفس البائع ، فإن أمكن تخريج هذا الزمان على أنه وعد بالشراء من جانب المشتري - بأن ذكر ثمن الشيء الآخر على وجه التحديد أو قبل مثلاً إن ثمن الشيء الآخر يعدل ثمن الشيء -

أما إذا انتقضت المدة ، وسكت المشتري عن القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع (١) ، فإن سكوته يعد قبولا . ذلك أن التجربة شرط علق عليه البيع ، وقد جعله المشتري بامتناعه عن التجربة أو بامتناعه عن إعلان نتائجها مستحيلا ، فيعتبر الشرط إذا كان واقفاً أنه تحقق ، وإذا كان فاسخاً أنه تخلف ، طبقاً للقواعد المقررة في الشرط (٢) .

٧٠ - التجربة شرط واقف : بقى أن نبين هل شرط التجربة الذي علق عليه

البيع شرط واقف أو هو شرط فاسخ : تجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٢١ مدني ، كما رأينا ، بأن البيع بشرط التجربة يعتبر « معلناً على شرط واقف هو قبول المبيع ، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أن البيع معلق على شرط فاسخ » . فالأصل إذن أن يكون شرط التجربة شرطاً واقفاً ، وإذا لم يبين المتعاقدان صراحة أو ضمناً أنهما أرادا شرطاً فاسخاً ، أو كان هناك شك فيما قصدا إليه ، كان المفروض أنهما أرادا أن تكون التجربة شرطاً واقفاً .

ويكون المشتري بشرط التجربة في هذه الحالة مالكاً تحت شرط واقف (٣) ، ويبقى البائع مالكاً للمبيع تحت نفس الشرط ولكنه يكون شرطاً فاسخاً بالنسبة إليه . والشرط الذي يعتبر واقفاً بالنسبة إلى المشتري وفاسخاً بالنسبة إلى البائع هو قبول المشتري المبيع بعد تجربته ، بإعلانه هذا القبول إلى البائع في الميعاد المتفق عليه

المرفوض - التزم المشتري بالشراء أما إذا لم يذكر الثمن ، لم يتم الوعد بالشراء ، ولم يلتزم تـرى عند رفضه المبيع أن يشتري شيئاً آخر مكانه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٢ ص ٢٥٠) .

(١) وقد بينا الحكم فيما إذا لم يتمكن المشتري من التجربة لسبب أجنبي لا يد له فيه (انظر نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) جيوار ٢ فقرة ١٥ - بودري وسينيا فقرة ١٦٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٥ فقرة ٢١٢ - وقارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٢ - وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦ .

(٣) ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن بقاء الشيء تحت يده المشتري على شرط التجربة يعتبر على سبيل الرديئة ، فإذا تصرف فيه بعد خاتماً للأمانة ، وذلك لأنه ثبت طاً أن الطرفين قد اتفقا على بقاء الملكية للبائع حتى يجرب المشتري المبيع (نقض جنائي ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٤٧ ص ٥٤٩) .

أو الميعاد المعقول الذي حدده البائع عن التفصيل الذي قدمناه . فالشرط يتحقق بقبول المبيع (١) . ومنى تحقق الشرط أصبحت ملكية المشتري للمبيع ملكية بآثر رجعى ، فاستندت إلى وقت البيع لا إلى وقت القبول فحسب . وزالت ملكية البائع بآثر رجعى أيضاً ، فاستندت زوالها إلى وقت البيع . ومن ثم تزول كل الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة البائع في خلال مدة التجربة ، وتبقى تلك التي ترتبت من جهة المشتري . ويتخلف الشرط برفض المشتري للمبيع ، وإعلانه هذا الرفض للبائع في الميعاد . ومنى تخلف الشرط ، زال البيع بآثر رجعى واعتبر كأن لم يكن . وزالت مع البيع بآثر رجعى ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف ، وأصبحت ملكية البائع التي كانت معلقة على شرط فاسخ ملكية بآثر منذ البداية . وتبقى الحقوق العينية التي ترتبت على المبيع من جهة البائع في خلال مدة التجربة ، وتزول تلك التي ترتبت من جهة المشتري . أما إذا سكّت المشتري عن إعلان القبول أو الرفض مع تمكنه من تجربة المبيع ، فقد رأينا أنه يسكونه هذا جعل تحقق الشرط مستحيلاً ، فيعتبر الشرط قد تحقق وأن المشتري قبل المبيع ، ونجرب الأحكام التي قدمناها في حالة تحقق الشرط . وتقول الفقرة الأولى من المادة ٤٢١ مدنى في هذا المعنى ، كما رأينا ، أنه « إذا انقضت المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع ، اعتبر منكونه قبولا » .

وإذا اعتبرنا التجربة شرطاً واقعياً ، كما هو الأصل ، وهلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط ، هلك على البائع . ذلك لأن البائع هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ ، ولأن الشرط إذا تحقق وبتمذر أن يتحقق في هذه الحالة فإن المشتري لن يقبل المبيع بعد أن هلك - لم

(١) ولا يقال إنه شرط إرادى متوقف على إرادة المشتري ، إذ المشتري ، هو الدائن بنقل الملكية ويمحور أن يكون الشرط متوقفاً على إرادة الدائن ، أما الشرط الإرادى المحض الذى يبطل العقد فهو الذى يتوقف على إرادة المدين . أما التزام المشتري بدفع الثمن ، فإنه إذا ألغاه بإرادته المحضة ألغى في مقابل ذلك حقه في انتقال الملكية إليه . هذا إلى أنه لو كان المقصود من التجربة تعيين صلاحية الشيء في ذاته ، لم يكن الأمر موكولاً إلى محض إرادة المشتري ، بل القول الحاسم عند النزاع للخبراء (انظر الأستاذ محمد كامل مرمى فقرة ٨٨ ص ١٥٧) .

يمكن لندمته أثر رجعي ، فيبقى المالك وقت هلاك المبيع هو البائع لا المشتري ،
فبذلك على البائع (١) .

٧١ - التجربة شرط فاسخ : على أنه يجوز للمتبايعين أن يتفقا على أن
تكون التجربة شرطاً فاسخاً . ويكون الاتفاق على ذلك صريحاً ، أو ضمناً
يستخلص من الظروف وملابسات التعاقد . فعند ذلك ينفذ البيع منذ البداية ،
ويصبح المشتري مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ ، بينما يصبح البائع
مالكا له ملكية معلقة على شرط واقف . والشرط هنا يصبح عدم قبول
المشتري للمبيع وإعلان البائع بهذا الرفض ، فهذا هو الشرط الفاسخ بالنسبة
إلى المشتري ، وهو في الوقت ذاته شرط واقف بالنسبة إلى البائع . فإذا تحقق
الشرط ، بأن أعلن المشتري البائع رفضه للمبيع ، انفسخ البيع بأثر رجعي ،
واعتبر المشتري كأنه لم يملك المبيع والبائع كأنه هو المالك منذ البداية ، وتزول
الحقوق التي ترتبت من جهة المشتري على المبيع وتبقى تلك التي ترتبت من جهة
البائع . أما إذا تخلف الشرط - أو صار في حكم المتخلف بأن سكنت المشتري

(١) ولا يمنع من صحة هذا الحكم أن المداي قد تسلم المبيع لتجربته وأن هلاك المبيع يكون
على المشتري بعد التسليم ، فإن ذلك إنما يكون في البيع المنجز ، أما والبيع معلق على شرط واقف
فالهلاك يكون على البائع (الوسيط جزء ٣ ص ٧٢ هامش رقم ١ - الأستاذ عبد الحى حجازى ١ -
ص ١٨٠ - وقارن الأستاذ مصطفى الزرقا في عقد البيع في القانون المدنى السورى ص ٩٠ -
ص ٩٢) .

أما في القانون المدنى العراقى ، حيث يجب التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان . فإن يد المشتري
في بيع التجربة هي يد ضمان ، فيكون الهلاك عليه ولو كانت التجربة شرطاً واقفاً وهلك المبيع
قبل أن يتحقق الشرط (انظر في هذا المعنى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٤) . ويؤيد
ذلك أن هلاك المقبوض على سوم الشراء في القانون العراقى يكون على القابض ، وليس المشتري
بشرط التجربة بأدى حالا في أن تكون تبعة الهلاك عليه من القابض على سوم الشراء ، بل إن
المشتري بشرط التجربة ، وقد انعقد البيع وانتقلت الملكية معلقة على شرط واقف ، أولى
بتحمل تبعة الهلاك من القابض على سوم الشراء ولم ينمق له بيع ولم تنتقل إليه ملكية . وقد ورد
نص صريح في التقنين المدنى العراقى يجعل تبعة الهلاك على القابض على سوم الشراء ، إذ تنص
الفقرة الأولى من المادة ٤٨٨ من هذا التقنين على أن « ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن
إذا هلك أو ضاع في يد القابض ، لزمه الضمان . أما إذا لم يسم له ثمن ، فكان أمانة في يده ،
فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تفصير منه » .

من القبول أو الرفض - فإن البيع يصبح باتاً ، ويعتبر المشتري مالِكاً للمبيع ملكية باتة منذ البداية ، وتزول ملكية البائع بأثر رجعى . وتبقى الحقوق التى قرنت من جهة المشتري على المبيع ، بينما تزول الحقوق التى ترنت من جهة البائع (١) .

وإذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، هلك على المشتري لا على البائع ، لأنه وقت أن هلك كان ملك المشتري ، وذلك حتى لو تحقق الشرط فليس لتحققه أثر رجعى (م ٢/٢٧٠ مدنى) .

٢٥ - البيع بشرط المذاق

(vente à la dégustation — vente ad gustum)

٧٢ - **العهود القانونية :** تنص المادة ٤٢٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« إذا بيع الشيء بشرط المذاق ، كان للمشتري أن يقبل المبيع إن شاء ، ولكن عليه أن يعلن هذا القبول فى المدة التى يعينها الاتفاق أو العرف ،

(١) وإذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً ، فإن البيع بشرط التجربة يكون قريباً من صورة البيع مع ضمان البائع صلاحية المبيع لمدة معلومة . وقد نصت المادة ٤٥٥ مدنى فى صدد هذه الصورة : « حيرة على ما يأتى : » إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ثم ظهر خسر المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من ظهوره ، وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار ، وإلا سقط حقه فى الضمان - كل هذا ما لم يتفق على غيره . فى هذه الصورة الأخيرة تقتصر تجربة المبيع على التثبت من صلاحيته للعمل مدة معينة ، فإذا ظهر المبيع غير صالح فمطل - والحكم فى ذلك للخبراء - كان على المشتري أن يخطر البائع ، وفى المبيع من خلل فى مدة شهر من ظهور الخلل وأن يرفع دعوى ضمان فى مدة ستة شهور من هذا الإخطار . يختلف هذا البيع إذن عن بيع التجربة ، إذ هو لا ينطوى على شرط فاسخ إذا تحقق الفسخ البيع من تلقاء نفسه ، بل لابد من فسخ البيع بالتقاضى أو بالتراضى . وسنعود إلى هذا البيع عند الكلام فى ضمان العيوب الخفية (انظر ما يلى فقرة ٢٨٠) .

ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذى يتم فيه هذا الإعلان (١) .
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدنى السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به
دون نص (٢) .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى
السورى المادة ٣٩٠ - وفي التقنين المدنى الليبى المادة ٤١١ - وفي التقنين المدنى
العراقى المادة ٥٢٥ - وبقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة ٣٧٤
بند ٤ والمادة ٣٩٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٢ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب
ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً لفظياً طفيفاً فأصبح مطابقاً
للتقنين الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٤٣٥ في المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ،
فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٧ - ص ٢٩) .
(٢) اختلف الفقه المصرى ، في عهد التقنين السابق ، فى بيع المذاق لانعدام النص . فذهب
فريق إلى أن للمشتري حق المذاق فى كل الأشياء التى اعتاد الناس مذاقها قبل شرائها ، وفقاً للعرف
وتطبيقاً للمادة ٣١١/٢٤٥ مدنى سابق (جرائمولاى فقرة ١٩٥) . وذهب فريق ثان إلى أن
بيع المذاق اندمج حكمه فى أحكام العلم بالمبيع ، لأن العلم بالمبيع علماً كافياً قد لا يتحقق إلا بالمذاق
(الأستاذ محمد حلمى عيسى فقرة ١٠٦٧) . وذهب فريق ثالث إلى أن بيع المذاق اندمج فى بيع
التجربة المنصوص عليه فى التقنين السابق (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٥٢٧) .
والرأيان الأخيران لا يمكن الأخذ بهما ، لأن عدم العلم بالمبيع لا يمنع من انعقاد البيع أما شرط
المذاق فيحول دون انعقاده ، ولأن بيع التجربة ينعقد مطلقاً على شرط وبيع المذاق لا ينعقد قبل
المذاق . والرأى الأول هو الرأى الذى اختاره التقنين المدنى الجديد ، وقتته فى المادة ٤٢٢ سالفه
الذكر ، فتعتبر هذه المادة مفسرة لأحكام التقنين المدنى السابق ويسرى حكمها حتى على العقود التى
أبرمت قبل نفاذ التقنين المدنى الجديد (انظر فى هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ -
ص ٦٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١
ص ٨٨) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ٣٩٠ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى - انظر
فى القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٦٣ - فقرة ٦٥) .
التقنين المدنى الليبى م ٤١١ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .
التقنين المدنى العراقى م ٥٢٥ (مطابقة للمادة ٤٢٢ من التقنين المدنى المصرى) .
(انظر فى القانون العراقى الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٢٥ - فقرة ٢٢٧ - والأستاذ
حسين الرزوق فقرة ٨٩ - فقرة ٩٤ ، الأستاذ زكى كمال فى بيع المذاق) .

٧٣ - كيف بهاء البيع على شرط المزاج : يكون ذلك عادة بأن

يشترط المشتري على البائع ألا يتم البيع إلا إذا ذاق المشتري المبيع وقبله . وهذا الشرط قد يكون صريحاً ، وقد يكون ضمناً يستخلص من الظروف والملاسات . ومن أهم الظروف التي يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع ، فن للمبيعات ما لا يدرك كنهه إدراكاً تاماً إلا بمذاقه ، وذلك كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفاكهة والنيذ ونحو ذلك من المأكولات والمشروبات التي تختلف بها أذواق الناس . فالمفروض أنه إذا بيع شيء من ذلك ولم تدل الظروف على أن المتبايعين أرادا استبعاد شرط المذاق ، فقد قصد المتبايعان أن يكون البيع بشرط المذاق ، فلا يتم إلا بعد المذاق وقبول المشتري للمبيع .

على أنه قد يتفق المتبايعان على استبعاد شرط المذاق حتى في المأكولات التي تقدمت الإشارة إليها ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من الظروف والملاسات . فإذا كان المشتري تاجراً يتجر في مثل هذه الأشياء ، واشترط على البائع بالجملة أن يبيعه منها كميات معينة ، على أن تكون من صنف جيد أو من صنف متوسط أو من الصنف التجاري المألوف ، وعلى أن ترسل إلى مكان المشتري وهو بعيد عن مكان البائع ، فهذه الظروف كلها يمكن أن يستخلص منها أن البيع بات وقد نزل المشتري عن شرط المذاق ، فهو تاجر يبيع لعملائه وليس لذوقه الشخصي دخل في الصفقة ، وقد اشترط الصنف الذي يريد وهذا أمر يترك لتقدير الخبراء عند النزاع ، وإرسال البضاعة إلى مكان بعيد يفهم منه أن الصفقة قد تمت وإلا لما خاطر البائع بارسالها إلى هذا المكان البعيد قبل أن تتم . وكذلك إذا تم البيع على مرجب عينة ، فالمفروض أن المشتري قد ذاق العينة وأقرها ، وأن المبيع الذي يجيء وفق العينة يكون البيع باتاً فيه وأن اختلافه عن العينة يكون محل تقدير الخبراء (١) .

= تقنين الموجبات والعقود البنائ م ٢٧٤ بند ٤ : يكون البيع : (١) (٤٠٠٠) وأما على شرط المذاق .

م ٢٩٢ : إن البيع على شرط المذاق لا يعد تاماً مادام المشتري لم يقبل المبيع - (وأحكام التقنين البنائي متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٢٤٩ ص ١٢ - بودري وسبينا فقرة ١٦٠ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٥٢٦ .

٧٤ - كيف يتم المزايا - الزمان والمكان اللذان يتم فیهما :

يتم المذاق في الزمان والمكان اللذين يتفق عليهما المتبايعان . فان لم يكن هناك اتفاق ، لا صريح ولا ضمني ، على الزمان والمكان ، اتبع عرف الجهة . فان لم يكن عرف ، فالمذاق يتقدم تسلم المشتري المبيع من البائع ، فيتم في المكان الذي يكون فيه التسليم ، ويسبق التسليم فوراً ، بحيث إذا تسلم المشتري المبيع اعتبر تسلمه إياه رضاه به وقبولاً له بعد مذاقه .

والذي بذوق المبيع هو المشتري شخصياً (١) ، وله الحرية الكاملة في قبول المبيع أو في رفضه حسب ذوقه (٢) . فالبيع بالمذاق يختلف عن البيع بشرط التجربة في أن التجربة قد تكون لتبين صلاحية الشيء في ذاته وقد تكون للاستيثاق من مناسبة الشيء لحاجة المشتري ، أما المذاق فيتمحض في الاستيثاق من مناسبة الشيء لذوق المشتري . وحتى لو كان المشتري تاجراً واشترط مذاق المبيع ، فالعبرة بذوقه الشخصي ، وهو الذي يقرر - لا الخبراء - أي صنف يلائم عملاءه (٣) . وغنى عن البيان أن البائع يلتزم بأن يمكن المشتري من مذاق المبيع (٤) .

ولا بد من أن المشتري يعلن قبول المبيع بعد مذاقه وسكوته لا يكفي ، وهذا فرق آخر بين بيع المذاق وبيع التجربة (٥) . ولكن قبول المبيع قد يكون

-
- (١) وقد يستأنس بذوق أجنبي وهذا نادر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٤) .
 (٢) وإذا رفض المشتري المبيع ، لم يستطع البائع إجباره على اختيار صنف ، كما لا يستطيع هو إجبار البائع على أن يسلمه صنفاً آخر يلائم ذوقه الشخصي . أما إذا كان المشتري قد نزل عن شرط المذاق ، ورضي أن يكون الشيء من الصنف المألوف في التجارة أو من صنف معين ، فإن البيع يكون قد تم ولا يكون مجرد وعد بالبيع ، فإذا لم يكن الشيء من الصنف المشترط استطاع المشتري إجبار البائع على تسليمه شيئاً من الصنف المشترط أو اشتراه على حسابه (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ١٣ - بودري وسينيا فقرة ١٦٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٥٢٥ ص ٥٢١ هامش رقم ٥) .
 (٣) بودري وسينيا فقرة ١٥٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦٠ - ص ١٦١ وقارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٩ ص ٥٦ .
 (٤) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٣ .
 (٥) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣ ص ٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١١٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٥١ ص ٨٩ .

صريحاً وقد يكون ضمنياً . ويستخلص القبول ضمناً ، كما قدمنا ، من تسليم البيع ، أو من وضع المشتري ختمه أو علامة خاصة على البيع ، فهذا وذاك دليل على أنه ارتضى البيع بعد أن ذاقه (١) .

٧٥ - التكيف القانوني للبيع بالتزاي : والبيع بالمذاق ليس بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ، بل ولا على شرط واقف ، وفي هذا يختلف أيضاً عن بيع التجربة . ذلك أن البيع بالمذاق ليس بيعاً تسليماً ، بل هو مجرد وعد بالبيع . وهذا الوعد صادر من المالك ، وقد قبل الطرف الآخر منه ، وقبل بعد البيع ذاته (٢) . فإذا ذاق المبيع وارتضاه ، فقد قبل البيع . وينتقد البيع من وقت هذا القبول ، فليس للقبول أثر رجعي كما له هذا الأثر في بيع التجربة (٣) . ومن ثم وأبنا المادة ٢٢٢ مدني تقول : « كان للمشتري أن يقبل البيع » . أما في البيع بالتجربة ، فتقول المادة ٢٢١ مدني : « يجوز للمشتري أن يقبل المبيع » . وهذا الفرق بين المبارتين نتيجة متفرعة عن الفرق بين العمليتين في طبيعتهما . فبيع التجربة بيع كامل وإن لم يكن باتاً ، ولذلك يقبل المشتري المبيع ، أما البيع فقد سبق له قبوله . وبيع المذاق ليس بيعاً كاملاً ، بل وعداً بالبيع ، ولذلك يقبل المشتري البيع ،

(١) بودري وسبينا فقرة ١٦٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٨٥ ص ١٦١ .
(٢) ولكنه قد ألزم أن يلق الشيء ، وهو بعد ذلك - في ر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص ٢٧٨ هامش رقم ٢) .

(٣) وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد : « يختلف بيع المذاق عن البيع بشرط التجربة ، لا في أن المشتري حر في القبول أو في أن يرضى في مدة محددة بالاتفاق أو العرف فالأثنان حكهما واحد في ذلك ، ولكن في أن البيع لا يعتبر معلقاً على شرط واقف أو فاسخ ، بل هو لا يتم إلا من وقت إعلان المشتري لقبول دون أثر رجعي - فبيع المذاق ، قبل قبول المشتري ، إنما هو وعد بالبيع من جانب واحد : أنظر في هذا المعنى التقنين الفرنسي ١٥٨٧ والتقنين الإيطالي م ١٤٥٢ والمشرع الفرنسي الإيطالي م ٣٢٦ والتقنين اللبناني م ٣٩٢ - على أن هناك من التقنينات الأجنبية ما يعتبر بيع المذاق بيعاً معلقاً على شرط واقف : أنظر التقنين الإسباني م ١٤٥٣ والتقنين البرتغالي م ١٥٥١ والتقنين الهولندي م ١٤٩٩ والتقنين الأرجنتيني م ١٣٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٨) .

أما الفقه في فرنسا فيميل إلى القول بأن بيع المذاق مجرد إيجاب ملزم للبائع ولكن لوحظ على هذا القول أن المشتري ملزم هو أيضاً بمذاق الشيء (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص ٢٧٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٤) .

و يرى من ذلك أن بيع المذاق إذا تم بيعاً بقبول المشتري للبيع - أى بقبوله
بغده وتحويله بيعاً بهذا القبول كما هو شأن الوعد بالبيع - فإن ملكية المبيع
لا تنتقل إليها من وقت هذا القبول . ويترتب على ذلك الأمور الآتية :

(١) إذا كان دائن البائع قد وقع حجزاً على المبيع قبل قبول المشتري للبيع ،
كان الحجز صحيحاً إذ وقع على شيء مملوك للبائع ، وجاز الاحتجاج بالحجز
على المشتري لو قبل البيع ، وهذا بخلاف بيع التجربة . (٢) إذا أفلس البائع
قبل قبول المشتري للبيع ، ثم قبل المشتري البيع ، فإنه لا يستأثر بالمبيع دون
سائر الدائنين ، أما في بيع التجربة فيعتبر مالكا من وقت البيع أى قبل الإفلاس
فيستأثر بالمبيع . (٣) إذا هلك الشيء قبل مذاقه ، هلك على البائع (١) .

٧٦ - الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة : والآن نستطيع أن

نلخص الفروق ملين بين المذاق وبيع التجربة (٢) فيما يأتى :

١ - المذاق ، بخلاف التجربة ، يراد به محض التثبت من ملائمة الشيء
لذوق المشتري ، ولا يمكن أن يقصد به الاستيثاق من صلاحية الشيء في ذاته ،
فلا يجوز في المذاق أن يترك الأمر لتقدير الخبراء .

٢ - المذاق يكون عادة قبل أن يتسلم المشتري المبيع ، أما التجربة فتكون
عادة بعد التسليم .

٣ - لا يكفي سكوت المشتري في بيع المذاق بل لابد من إعلان قبوله
للبيع ، ويكفى السكوت في بيع التجربة ويكون معناه قبول المبيع .

٤ - بيع المذاق مجرد وعد بالبيع ، أما بيع التجربة فيع كامل معلق إما على
شرط واقف وإما على شرط فاسخ .

٥ - إذا وقع دائن البائع حجزاً على المبيع قبل قبول المشتري ، ففى بيع
المذاق ينفذ الحجز في حق المشتري ، وفي بيع التجربة لا ينفذ .

(١) بودرى وسبينا فقرة ١٥٥ .

(٢) الأستاذ عبد النتاح عبد الباقي فقرة ٢٢ - أنظر في انتقاد إيجاد بيع المذاق إل جانب
بي التجربة وجوب التسوية من ناحية التشريع بين البيعين فيكون كل منهما بيعاً معلقاً على شرط
الأستاذ مصطفى البرز في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٦٥

٦ - إذا أفلس البائع قبل قبول المشتري ، فبيع المذاق لا يستأثر المشتري بالبيع ، وفي بيع التجربة يستأثر .

٧ - إذا هلك الشيء قبل قبول المشتري ، فبيع المذاق يكون هلاكه دائماً على البائع ، وفي بيع التجربة يكون الهلاك على البائع إذا كانت التجربة شرطاً واقعاً وعلى المشتري إذا كانت التجربة شرطاً فاسخاً (١) .

§ ٣ - بيع الوفاء

(vente à réméré)

٧٧ - النصرة الثمنية : تنص المادة ٤٦٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) والفقه الإسلامي يواجه كلا من بيع التجربة وبيع المذاق بالبيع مع خيار الشرط . وفي الفقه الإسلامي أيضاً البيع على سوم للنظر (المجلة م ٢٩٩) والبيع على سوم الشراء (المجلة م ٢٩٨) ، وهذان ليسا بيعين كاملين ، والأول منهما أقرب إلى أن يكون مجرد إيجاب من البائع ، أما الثاني فأقرب إلى أن يكون وعداً بالبيع فهو من هذا الوجه يشبه بيع المذاق . وهناك أيضاً في منهب مالك خيار الثلاثة الأيام وخيار العام .

وقد سار التقنين المدني العراقي على هدى الفقه الإسلامي ، فأورد إلى جانب النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق نصراً متعلقاً بخيار الشرط على الوجه الآتي : م ٥٠٩ عراقى : يصح أن يكون البيع بشرط الخيار مدة معلومة . ولا يمنع هذا الشرط من انتقال الملكية إلى المشتري ، سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو لهما معاً أو لأجنبي . م ٥١٠ عراقى . إذا شرط الخيار للبائع والمشتري معاً ، فأيهما فسخ في أثناء المدة انفسخ البيع ، وأيهما أجاز سقط خيار الهيئتين وخيار الخيار إلى انتهاء المدة . م ٥١١ عراقى . إذا مضت مدة الخيار ولم يفسخ من له الخيار ، لزم البيع . م ٥١٢ عراقى : خيار الشرط لا يورث ، فإذا مات من له الخيار سقط خياره . م ٥١٣ عراقى : في جميع حالات الخيار ، إنما تلف المبيع في يد المشتري قبل الفسخ ، هلك من ماله ولزمه الثمن المسمى .

أنظر في شرح خيار الشرط في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٤٦ - فقرة ٥٦ ، وهو ينتقد الجمع بين خيار الشرط وبين بيع التجربة وبيع المذاق . وأنظر في تنفيذ هذا الانتقاد تفصيلاً موقفاً الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢١٥ وفقرة ٢٢٧ . وظاهر أن خيار الشرط أوسع من كل من بيع التجربة وبيع المذاق ، فلا ضير من هذا الجمع ، ويكون البيان الأخيران صورتين خاصتين من صير خيار الشرط .

إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلا (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٣٣٨ - ٤٢١/٣٤٧ - (٢) .

(١) تاريخ النص : كان المشروع التمهيدي يشتمل على المواد من ٦١٧ إلى ٦٢١ ، وهي من فقرات بيع الوفاء وتنظم تنظيمياً مفصلاً على الوجه الذي سار عليه التقنين المدني السابق (أنظر نصوص هذه المواد وما يقابلها من نصوص التقنين المدني السابق والمذكورة الإيضاحية المتعلقة بها في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٩٠ في مراسم هذه الصفحات) . قد سار المشروع التمهيدي في مراحله أمام لجنة المراجعة ، فجلس النواب ، حتى إذا وصل لجنة مجلس الشيوخ رأيت هذه اللجنة إلغاء هذه النصوص والنص صراحة على أن بيع الوفاء يكون باطلاً في المادة ٤٦٥ التي نحن بصدد ما ، ووافق مجلس الشيوخ على هذه المادة كما وصفتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٤ - ص ١٨٠) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٤٢١/٣٣٨ (معدلة بالقانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٢) : حق استرداد المبيع أو الشرط الوقائي هو شرط يحفظ به البائع لنفسه حق استرداد العين المبيعة في مقابلة المبالغ المنصوص عليها في المادة ٢٤٤ في المبدأ المتفق عليه . م ٤٢٢/٣٣٩ - ٤٢٣ (معدلة بالقانون ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٢) : إذا كان الشرط الوقائي رداً به إخفاء رهن عقارى ، فإن العقد يعتبر باطلاً لا أثر له ، سواء بصفته يماً أو رهناً . ويعتبر العقد مقصوداً به إخفاء رهن إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأى صفة من الصفات - ويجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما في العقد بدون التفات إلى نصوصه .

م ٤٢٤/٣٤٠ : بمجرد بيع الوفاء يصير المبيع ملكاً للمشتري على شرط الاسترداد ، بمعنى أنه إذا لم يوف البائع بالشروط المقررة لرد المبيع تبقى الملكية للمشتري - وإما إذا سار تسمية شرط المذكورة ، فيعتبر كأنه لم يخرج من ملكية البائع . م ٤٢٥ مختلط (مقابل لما في الأهل) : إذا لم يشترط حق الاسترداد في نفس عقد البيع ، فن سار له ذلك الحق فيما بعد لا يعتبر مالكاً بالثاني إلا من اليوم الذى حصل فيه شرط الاسترداد .

م ٤٢٦/٣٤١ : لا يجوز للبائع أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاد يزيد على خمس سنين من تاريخ البيع ، وكل ميعاد أزيد من ذلك يصير تنزيهه إلى خمس سنين (في المختلط سنتان بدلاً من خمس) .

م ٤٢٧/٣٤٢ : الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق في أى حال من الأحوال ولو في حالة الغفلة الغامرة .

وبقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادة ٤٣٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٥٤ - وفي التقنين المدني العراقي
المادة ١٣٣٣ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٤٧٣ - ٤٨٦ (١) .

= م ٤٢٨ مختلط (لا مقابل لما في الأصل) : تطويل الميعاد المتفق عليه بقرء مقام بيع من
المشتري للبائع الأصل مطلق على شرط ، إذ يعتبر المشتري المذكور مالكا للمبيع ملكا باتا من يوم
البيع الأول إلى يوم تطويل الميعاد .

م ٢٤٢ / ٤٢٩ : يجوز للبائع بيع وفاء أن يطلب الاسترداد من انتقل إليه المبيع ، ولو لم
يشترط الاسترداد في عقد الانتقال .

م ٢٤٤ / ٤٣٠ : لا يجوز للبائع بيع وفاء أن يفسخ البيع إلا إذا عرض على المشتري في الميعاد
المعين أن يزيد له على المور الأشياء الآتي بيانها : أولا - أصل الثمن . ثانياً - المصروفات
المرتبة لـ البيع والتي تقرب على استرداد المبيع . ثالثاً - المصاريف اللازمة التي صرفها المشتري
غير ما صرفه لصيانة المبيع ، ثم يزيد أيضاً ما زاد في قيمة المبيع بسبب المصاريف الأخرى التي
صرفها المشتري بشرط ألا تكون فاحشة .

م ٢٤٥ / ٤٣١ : عند رجوع المبيع بيع وفاء إلى البائع ، يأخذه خالياً عن كل حق ورجوع
وضعه عليه المشتري ، إنما يلتزم البائع بتنفيذ الإيجارات التي أجراها ذلك المشتري بدون غش بشرط
أن تكون مدتها لا تتجاوز ثلاث سنين .

م ٢٤٦ / ٤٣٢ : الاسترداد لا يقع إلا على نفس المبيع ، سواء كان المبيع ملكاً كاملاً
أو مشاعاً أو مقسوماً إلى حصص ، إلا إذا كانت ثمرى الاسترداد مقامة على ورثة المشتري بالنسبة
للحصص المشاعة بينهم أو المبرورة التي يملكها كل منهم .

م ٢٤٧ / ٤٣٣ : إذا كان المبيع بيع وفاء حصّة شائعة في عقار ، واشترى مشترها الحصّة
الباقية من مالكيها بعد طلب هذا المالك مقاسمته ، فالمشتري المذكور عند مطالبة بانه الأول
بامسترداد الحصّة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بتامها .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٣٣ (مطابقة للمادة ٤٦٥ من التقنين المدني المصري - أنظر في
القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٦ - فقرة ٢٥٣) .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٤ (مطابقة للمادة ٤٦٥ من التقنين المدني المصري)

التقنين المدني العراقي م ١٣٣٣ : بيع الوفاء يعتبر رهناً حيازياً .

(والتقنين العراقي كان يشتمل في مشروعه التمهيدى على نصوص - المواد من ٥٩٥ إلى
٦٠٥ - تقر بيع الوفاء وتفصل أحكامه باعتبار أنه بيع مطلق على شرط فاسخ عن نطق الفقه
الغربي . ولكن عند مراجعة هذا المشروع حذفت هذه النصوص ، وتوسط التقنين العراقي بين
موقف الفقه الغربي من بيع الوفاء ويقره كما رأينا وبين موقف التقنين المصري وهو يبطله كما سبق
القول ، فجعل بيع الوفاء لا بيعاً صحيحاً ولا بيعاً باطلاً ، بل جملة رهناً حيازياً ، أى أنه وضع =
(الوسيط - م ١٠)

قريئة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن بيع الوفاء رهن حيازي . وقد جرى التفنين العراقي في ذلك على تقاليد الفقه الإسلامي والمجلة ، نسيج الوفاء هناك إنما هو رهن حيازي . ويجب التمييز في القانون العراقي بين بيع الوفاء والبيع المنقذ بخيار شرط للبائع . فبيع الوفاء بيع قصد به تأمين المشتري على ماله وتأمين البائع على استرداد العين المبيعة بعد وفاء المشتري حقه ، وبأخذ حكم الرهن الحيازي ، فلا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بل يبقى المبيع عنده تأميناً حتى يستوفي حقه من البائع ، أما البيع المقتن بخيار شرط للبائع ، فقد قصد به أن يكون للبائع فسخة من الوقت يتدبر أمره وينظر هل من مصلحة أن يجعل البيع بائناً أو أن يفسخه . فهو بيع صحيح لا رهن ، ينتقل ملك المبيع إلى المشتري تحت شرط فاسخ لأنه مقتن بخيار التروى أو خيار الشرط . وتكون المدة في خيار الشرط عادة مدة قصيرة ، إذ لا يحتاج البائع في التروى إلى وقت طويل . أما مدة الاسترداد في بيع الوفاء فتكون عادة مدة طويلة قد تصل إلى سنين عدة ، إذ هو قرض مضمون برهن حيازي كما سبق القول - قارن الأستاذ حسن الذنون في البيع في القانون المدني العراقي (فقرة ٤١٨ - فقرة ٤١٩) .

تفنين المرجبات والمقنود المبناي :

م ٤٧٣ : إن البيع مع اشتراط حق الاسترداد أو البيع الوفاي هو الذي يلتزم فيه المشتري بعد البيع التام أن يعيد المبيع إلى البائع مقابل رد الثمن . ويجوز أن يكون موضوع البيع الوفاي أشياء منقولة وغير منقولة .

م ٤٧٤ : لا يجوز أن يشترط لاسترداد المبيع ميعاد يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ البيع وإذا اشترط ميعاد يزيد عليها أزل إلى ثلاث سنوات .

م ٤٧٥ : إن الميعاد المذكور متعمم ، لا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطاله وإن لم يتمكن البائع من استعمال حقه في الاسترداد لسبب لم يكن فيه مختاراً . أما إذا كان عدم استعماله هذا الحق ناشئاً من خطأ من المشتري ، فانقضاء المهلة لا يحول دون استعماله .

م ٤٧٦ : إن المبيع وفاء يصبح بحكم البيع ملكاً للمشتري تحت شرط الوفاء ، بمعنى أن المشتري يبقى مالئاً له إذا لم يقم البائع بالشروط المتفق عليها لاسترداده . أما إذا قام بهذه الشروط ، فيعد المبيع كأنه لم يخرج قط عن ملكية البائع . وفي كل حال يتمتع المشتري بالمبيع كالمالك إلى أن تذهب المهلة أو إلى أن يستعمل البائع حق الاسترداد مع مراعاة أحكام المادتين ٤٨٢ و ٤٨٥ ، فيحق له أن يحنى ثمار المبيع وأن يقيم كل دعوى مختصة به على شرط ألا يرتكب احتيالا .

م ٤٧٧ : يجري حق الاسترداد بأن يبلغ البائع إلى المشتري رغبته في استرداد المبيع ، ويجب عليه في الوقت نفسه أن يعرض رد الثمن .

م ٤٧٨ : إذا توفي البائع قبل أن يستعمل حقه في الاسترداد ، انتقل هذا الحق إلى ورثته ، فيستملونه في المدة الباقية لمواريثهم من المهلة .

م ٤٧٩ : لا يجوز للورثة أن يستعملوا حق الاسترداد إلا مجتمعين ، ولا أن يطلبوا سوى رد المبيع بحكمته . ويسري هذا الحكم أيضاً فيما إذا باع عدة أشخاص بمقتضى عقد واحد شيئاً مشتركاً بينهم ولم يحل الكل منهم حقه في استرداد حصته .

وقد كان التقنين المدنى السابق يقر بيع الوفاء وينظمه تنظيمًا مسهبًا ، أما التقنين المدنى الجديد فقد أبطله كما رأينا . فيحسن إذن أن نبحث بيع الوفاء :

(١) فى عهد التقنين المدنى السابق ، إذ لا يزال موجوداً حتى اليوم بيوع وفاء أبرمت فى عهد التقنين السابق فتسرى عليها نصروى هذا التقنين . (ب) فى عهد التقنين المدنى الجديد .

= م ٤٨٠ : يترز أن تقام دعوى استرداد المبيع على ورثة المشتري مجتمعين . أما إذا جرى توزيع التركة ودخل المبيع فى حصة أحد الورثة ، فتقام دعوى الاسترداد عليه وحده بالمبيع كله .

م ٤٨١ : إذا أعلن إصار البائع ، كان حق الاسترداد للدائنين .

م ٤٨٢ : يحق للبائع وفاء أن يقيم دعوى الاسترداد على المشتري الثانى .

م ٤٨٣ : إن البائع الذى يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يعود إلى وضع يده على المبيع إلا إذا رد : أولاً - الثمن الذى قبضه - ثانياً - النفقات المفيدة بمقدار ما زادته فى قيمة المبيع . أما فيما يختص بالنفقات الكعالية ، فليس للمشتري سرى نزع ما أدخله على المبيع من التسيير إذا استطاع نزعها بلا ضرر . ولا يمكنه أن يطلب استرجاع المصاريف الضرورية ولا مصاريف الصيانة ولا نفقة جنى الثمار - ويجب على المشتري من جهة أخرى أن يرد : أولاً - المبيع وما ازداد فيه منذ عقد البيع - ثالثاً - الثمار التى جناها منذ اليوم الذى دفع أو أودع فيه الثمن . وللمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا لم يرد ما يجر له ، ذلك كله مع الاقتصار بالشروط المتفق عليها بين العريقتين .

م ٤٨٤ : إن المشتري مسئول من جهة أخرى عما يصيب المبيع من الضرر أو الهلاك بفعله أو بخطئه أو بخطاء الأشخاص الذين يكون مسئول عنهم . وكذلك هو مسئول عن التغييرات التى أدت إلى إحداث تبديل جوهرى فى المبيع مخالف لمصلحة البائع . غير أنه لا يسأل عما يصيب المبيع من جراء قوة قاهرة أو تغيير قليل الشأن ، ولا يحق للبائع فى هذه الحال أن يطلب تخفيض الثمن .

م ٤٨٥ : إن البائع الذى يسترد ملكه بمقتضى حق الاسترداد يكتسب فى الوقت نفسه الحق فى محو قيود جميع الحقوق العينية والأعباء والرهون التى أنشأها عليه المشتري . غير أنه ملزم بتنفيذ عقود الإيجار التى عقدها المشتري بلا احتيال ، على شرط ألا تتجاوز مدة الإجارة المهلة المنصوص عليها للاسترداد وأن يكون عقد الإيجار ذا تاريخ صحيح .

م ٤٨٦ : إذا كان المبيع ملكاً زراعياً واستعمل البائع حق الاسترداد فى أثناء السنة الزراعية حق للمشتري إذا كان قد ألقى البذار هو أو الذين أجروهم أن يبقى محتلاً للأقسام المزروعة حتى انتهاء السنة الزراعية ، وإما يلزمه أن يدفع ما يوجبه عليه العرف المحلى عن المدة الباقية من يوم الاسترداد إلى آخر السنة الزراعية . (وتقرب أحكام التقنين اللبناى فى بيع الوفاء من أحكام التقنين المصرى السابق) .

١ - بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق

٧٨ - بيع الوفاء والرهن : بيع الوفاء في عهد التقنين المدني السابق كان طريقاً من طرق التأمين ، يتجرد فيه المالك عن ملكه لدائنه ، فينتسلك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ ، هو أن يرد البائع الثمن والمصره فأت الدائن ، فيفسخ البيع ويعود^(١) مع إلى ملك البائع بأثر رجعي . فالبايع وفاء هو المدين ، والمشتري وفاء هو الدائن ، ويتجرد الأول عن ملكه للثاني على أمل استرداده في المستقبل . أما في رهن الحيازة فلا يتجرد الراهن عن الملك بل عن الحيازة فقط ، وفي الرهن الرسمي لا يتجرد عن الملك ولا عن الحيازة . فظاهر أن الرهنيين بفضلان بيع الوفاء من هذه الناحية الهامة . ولكن بيع الوفاء - من ناحية أخرى أهل أهمية - يمتاز على كل من الرهنيين . فهو يمتاز على رهن الحيازة بأن المبيع وفاء إذا هلك في يد المشتري هلك عليه دون البائع ، أما إذا هلك العين المرهونة في يد المرتهن فاتها تهلك على الراهن دون المرتهن . ثم إن المشتري في بيع الوفاء لا شأن له ببقية أموال البائع الخارجة عن المبيع ، أما المرتهن فله عدا حقه العيني على الشيء المرهون حق شخصي يضمنه جميع أموال الراهن . ويمتاز بيع الوفاء على الرهن الرسمي بهاتين الميزتين وبأنه لا حاجة فيه إلى ورقة رسمية والرهن الرسمي لا بد لانعقاده من هذه الورقة ، وبأنه يجوز في العقار وفي المتمول ، والرهن الرسمي لا يجوز إلا في العقار .

عن أن بيع الوفاء كثيراً ما يتخذه المتعاقدان ستاراً لإخفاء رهن حيازي (١) ليركشفا عنه كان غير مشروع . ويتحقق ذلك في الفروض الآتية : (١) يقصد المتعاقدان إبرام قرض برها فاحش مضمون برهن حيازي ، فلا يكشفان عن هذا القصد لعدم مشروعيته ، بل يلجآن إلى بيع الوفاء ، فيبيع المدين من الدائن عيناً بيعاً وفائياً ، ثم يستأجرها ويدفع أجرة هي عبارة

(١) وبيع الوفاء في الفقه الإسلامي هو رهن لا بيع ، ولكنه يبيع للمشتري ولاء ثمرات المبيع وكان لا يملكها في الرهن إلا على سبيل الرخصة التي يجوز الرجوع فيها (انظر ابن هابدين جزء ٢ ص ٢٨١ - الأستاذ مصطفى الزرقا في البيع في القانون المدني السوري فقرة ٢٤٧ - فقرة ١٠٠ وفقرة ٢٥٣) .

عن الربا الفاحش (١) . أو بشرط عليه المشتري (الدائن) إذا أراد استرداد العين أن يدفع ثمناً يكون أكثر من الثمن الذي قبضه ، والفرق ربا فاحش .
(٢) يقصد المتعاقدان التخلص من بطلان شرط امتلاك المرتهن لشيء المرهون إذا لم يف الراهن بالدين ، فاجأ إلى بيع الوفاء . فيتخذ الدائن المرتهن صفة المشتري وفاء ، ويستطيع بذلك أن يملك المبيع إذا لم يرد الراهن - وهو البائع وفاء - ما اقترضه وسماء ثمناً في بيع الوفاء . (٣) يقصد المتعاقدان التخلص من قانون الخمسة الأفدنة ، فيسميان رهن الحيازة بيع وفاء . فلا يحتاج الدائن (المشتري وفاء) إلى الحجز والبيع ، بل يملك المهرن (المبيع وفاء) بمجرد عدم قيام المدين (البائـ) بسداد الدين .

وقبل قانون رقم ٤٩/٥٠ سنة ١٩٢٣ ، كان على القاضي ، إذا عرض عليه عقد موصوف بأنه بيع وفاء ، أن يفسر هذا العقد بحسب نية المتعاقدين الحقيقية ، فيعتبره بيع وفاء أو رهنًا ، ويجرى على كل عقد حكمه . ثم صدر هذا القانون قاضياً بأن العقد الموصوف بأنه بيع وفاء ، إذا كان واقعاً على عقار ، ونين أنه رهن ، فإنه يكون باطلاً لا باعتباره بيع وفاء فحسب بل أيضاً باعتباره رهنًا . وقالت المذكرة الإيضاحية لهذا القانون : « إن في إبطال عقود الرهن التي تكون في شكل بيع وفائي إبطالا تاماً الوصول إلى الغاية المطلوبة ، إذ من المؤكد أن الدائنين سيمتنعون من وصف عقود الرهن بصفة عقود بيع وفائي نظراً لما يترتب على هذا العمل من النتائج الخطيرة وإبطال العقد إبطالا تاماً . وعلى ذلك تكون هذه القاعدة بمثابة نظام رادع لمنع استعمال البيع الوفاي الذي ينطوي على الرهن ، وإلا كان جزاء المخالف إلغاء كل أثر لعقده » . وقد جعل تشريع سنة ١٩٢٣ من القرائن على أن بيع الوفاء يستر رهنًا ، فيبطل كبيع

(١) وطبقاً لقانون رقم ٤٩/٥٠ لسنة ١٩٢٣ - وسيأتي ذكره - يكون كل من بيع الوفاء والرهن باطلاً ، ويصبح المشتري دائناً عادياً - من مواند عن المبلغ الذي دفعه ثمناً ، والاتفاق على الأجرة هو في حقيقته اتفاق على الفائدة ، فيجب إنزال الأجرة إلى الحد المسموح به قانوناً للمواند الاتفاقية (نقض مدني ٢٦ فبراير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٧٥ ص ٥٤٩) - وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأنه إذا باع شخص لآخر عقاراً بيعاً وفائياً ، ثم حكمت المحكمة بإبطاله سواء باعتباره عقد بيع أو باعتباره عقد رهن ، فإن حق المشتري في استرداد ما دفعه من الثمن لا يبتدىء حساب مدة سقوطه إلا من يوم صيرورة هذا الحكم نهائياً (١٣ فبراير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ١٥٧) .

وكرر من معاً ، اشتراط المشتري على البائع إذا أراد الاسترداد أن يرد مع الثمن هوأئده ، وذلك لأن المشتري وفاء يقبض ريع المبيع ، فإذا ضم إليه الفوائد كان هذا قرينة على الربا الفاحش . وجعل من هذه القرائن أيضاً أن تبقى العين في حيازة البائع بأي سبب (١) . وهذه القرائن غير قاطعة ، فيجوز إثبات عكسها (٢) .

(١) والقرائن المذكورة في تشريع سنة ١٩٢٣ ليست واردة على سبيل الحصر . وقد صدرت أحكام كثيرة من القضاء الوطني والقضاء المختلط في عهد التقنين المدلل السابق ، في شأن بيع الوفا الذي يستر وهناً وما يقوم من القرائن في هذا الصدد ، سواء قبل صدور قانون سنة ١٩٢٣ .

ونذكر من أحكام القضاء الوطني ما يأتي : استئناف وطني ٣ يناير - ١٨٩٥ الحقوق ١٠ ص ١١-٦٦ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١١ ص ٢٤٠-٨ يونيو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٤٦٤-١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٥ ص ٩٤-٣٠ يناير سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦ ص ١١-١٤ مارس سنة ١٩٢١ الهامة ١ رقم ٩١ ص ٤٦٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٣ الهامة ١ رقم ١/١٧٧ ص ٢٤٥ - استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٥ الهامة ٥ رقم ١/٥٠٥ ص ٦٠٩ - ٣١ يناير سنة ١٩٢٨ الهامة ٨ رقم ٤٧٢ ص ٧٧٤ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٥٤٦ ص ٩٩٢ - ٩ مارس سنة ١٩٢٣ الهامة ١٣ رقم ٦٢٣ ص ١٢٤٣ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٢ - استئناف أسبوط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٦ رقم ١٣٨ - استئناف أسبوط ١٧ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢٦٣ - استئناف أسبوط ٣ يونيو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٥٤٥ .

ونذكر من أحكام القضاء المختلط ما يأتي : استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٣١٧-٨ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٠-٦ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١١٤-٤ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٠٣-٢٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٧-٢٩ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٧-١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠٩-٧ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٣١-٢٧ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٠٦-٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٣٠ ص ١٧٥-٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٣-٧ مارس سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٧٥-١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٥-٩ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١١٠-٥ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٥٤-٢٢ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٥-٥ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ١٥٠-١٦ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٩١-٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٨٣-٦ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٧٩-٢٩ يناير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٩٦-١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٣-١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ١٨-١٨ مايو سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٢٢٧-١١ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ١٦-٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٣-٢٨ مايو سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٢٠٥ .

(٢) وقد ورد ، كما رأينا ، في آخر المادة ٢٢٩/٢٣٢-٢٣٣ : من التقنين المدلل السابق =

أنه يجوز بكافة الطرق إثبات عكس ما في العقد بدون التفات إلى نصومه. وليس ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة التي تجيز في العقود المنطوية على غير الإثبات بحجج الطرق. وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٣٩ من القانون المدني (السابق) تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق، ومنها البيعة والقرائن، أن العقد لم يكن بيعاً باتاً، وإنما هو - على حذف نصومه - يترد رهنًا حيازياً. فإذا ادعى المشتري أن العقد الذي صدر منه في صورة بيع لم يكن إلا استئانة بفائدة ربوية مضبوطة برهن زائفي أفرغ في قالب بيع بات اقترن به تأجير العين له، وكذلك إقرار من الماقد معه برد العين إليه في أجل المحدد وبالقصة المتفق عليها في العقد، ثم استند بحكمة الدرجة الأولى بدعواه وبينت الأدلة والقرائن التي استندت إليها، ولكن محكمة الاستئناف رغم تمسكه بدعواه هذه وطلبه إجراء التحقيق لإثباتها، لم تأخذ بها، متعكة في قضائها بأن سر ذلك أن يكون العقد قد اشتمل على شرط الاسترداد، وإلا فلا يمكن إثبات عكس الوارد به بنفي الكتابة، فتضارفاً بذلك مخالف لحكم المادة ٣٣٩ سابقة الذكر (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٢٠ بمجموعة صر ٢ رقم ٣٧ ص ١٠١). وقضت أيضاً بأن يجوز للبائع أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن العقد، وإن كان بحسب نصومه الظاهر بيعاً باتاً، فإنه في حقيقة الأمر يترد رهنًا حيازياً. فإذا كان الحكم قد استخلص من ثبوت الشهود الذين سمعهم المحكة أن الإقرار الصادر بعد العقد محل الدعوى بحوالى أربع سنوات إنما ينصب على هذا العقد، واستنتج من عباراته أن الطرفين في ذلك العقد إنما قصدا به في الحقيقة أن يكون سائرًا برهن حيازى، فإنه لا يكون قد أخطأ. إذ يمكن في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة - نسبة التي تربطه بالعقد وإن اختلف تاريخهما. وإذا كانت الأوراق المختلف على تكييفها - هل هي ورقة ضد من العقد المتنازع على حقيقة المقصود منه أم هي وعد بالبيع - مذكوراً فيها أنه إذا مضى الميعاد المحدد ولم يدفع المبلغ فيكون البيع نافذ المفعول، فهذا يدل على أن البيع لا يكون نافذ المفعول في مدة الرقاه، وليس هذا شأن بيع الوفاء الحقيقي الذي ينتف مفعوله كبيع بمجرد التماقد وإن تعلق على شرط فاسخ. وإذن فاعتبار تلك الورقة متضمنة شرط تملك الدائن للأطيان مقابل الدين في نهاية أجل المحدد للوفاء هو اعتبار تسوغ عبارتها، وليس فيه مسخ للدلوها (نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ بمجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢) - وانظر أيضاً: نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤١ ص ٢٢٩). وببقاء حيازة العين في يد البائع، إذا كانت تعد قرينة قانونية طبقاً لتشريع سنة ١٩٢٣ - فإنها كانت تصلح قرينة قضائية قبل هذا التشريع (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٨ ص ٩٤). وكون الثمن المدفوع لا يتناسب مع الثمن الحقيقي يصلح قرينة على الرهن (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٣ ص ١٠٢٧ - ١٠ يونيو سنة ١٩٥٤ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٤٥ ص ٩٤٤). ولو فسح الإيجار بناء على طلب المشتري واسترد المشتري العين كالك، فهذا لا يمنع من كون التصرف يترد رهنًا باطلاً، ولا حجة فيما قاله المشتري من أنه وضع يده كالك لا كرهين بعد الفسخ (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢ ص ٩).

٧٩ - دوراه في بيع الوفاء : ويمر بيع الوفاء على دورين : الدور الأول عند انعقاد البيع ، ، والدور الثاني عند استعمال حق الاسترداد .

أولاً - عند انعقاد بيع الوفاء :

٨٠ - أركان بيع الوفاء : هي أركان أى بيع آخر ، رضا المتعاقدين والمبيع والثمن ، ولا يشترط التسليم (١) . وهو بيع معلق على شرط فاسخ ، هو أن يبيع البائع إلى المشتري المبالغ التي يتفق عليها - وهي غالباً الثمن والمصروفات -

= ويؤخذ من ظاهر عبارات محكمة النقض في حكم حديث لها أنها تعتبر القرائن الواردة في تشريع سنة ١٩٢٣ قرائن قانونية قاطعة . فقد قضت بأن بيع الوفاء ، قبل تعديل المادة ٣٣٩ مدني (قديم) ، كان قد اتخذ لستر بعض التصرفات القانونية المنوطة ، مما حدا بالمشروع لإصدار القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ مدني للمادة ٣٣٩ مدني قديم ، فكانت تنص على بطلان بيع الوفاء الذي يقصد به إخفاء رهن وأنه لا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً ، وأن العقد يعتبر مقصوداً به إخفاء رهن إذا بقيت العين المبيعة في حيازة البائع بأى صفة من الصفات . والذي يبين من الباحث على تعديل المادة ٣٣٩ مدني ومن المذكرة التفسيرية الخاصة بهذا التعديل أن المشرع إنما أورد هذه القرينة كقرينة قانونية قاطعة للاستدلال بها على حقيقة المقصود بالعقد وأنه يستر رهناً . ويؤيد هذا النظر اتجاه المشرع إلى إلغاء البيع الوفائي نهائياً في القانون المدني الجديد اكتفاء بالنصوص الخاصة بالرهن . ولما كان يبين من الحكم المعلوم فيه أن المحكمة اعتبرت القرينة ليست قاطعة وأحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن فإنه يكون قد خالف القانون (نقض مدني ١٥ مارس سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٧ ص ٣١٦) . ولكن يبدو أن محكمة النقض إنما تأخذ على الحكم المعلوم فيه أنه لم يستد برينة بقاء العين في حيازة البائع ، وكان من شأن هذه القرينة أن تمنى البائع من عبء الإثبات ، وتلقبه على عاتق المشتري ليثبت هو بالرغم من وجود هذه القرينة أن العقد حقيقة بيع وفاء لا رهن . فدلاً من ذلك ، أن الحكم المعلوم فيه عبء الإثبات على البائع . يثبت أن عقد البيع هو في الواقع عقد رهن . وهذا لا شك خطأ في الحكم المعلوم فيه يبرر نقضه ، ولكن ليس هذا معناه أن القرينة القانونية إذا وجدت لم يحز إثبات عكسها . بل إن الواجب في القضية التي نحن بصددنا أن تحال الدعوى إلى التحقيق ، ولكن لا يثبت البائع أن العقد هو في حقيقته رهن ، بل يثبت المشتري أن العقد بالرغم من وجود القرينة القانونية على أنه رهن هو في حقيقته بيع وفاء . فإذا خلا بيع الوفاء من القرائن القانونية ، كان على البائع الذي يدعى أن البيع الوفائي يخفى رهناً أن يقيم هو الدليل على ذلك (نقض مدني ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١٢١ ص ٨٤٧) ، ومن حقه أن يجاب إلى طلبه إذا هو طلب إثبات أن بيع الوفاء يخفى رهناً (نقض مدني ٦١ مارس سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٢ ص ٢٥٩) .

(استئناف وطني ٣ يناير سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٠ ص ١٣٥)

في مدة معينة . فإذا تحقق هذا الشرط انفسخ البيع واعتبر كأن لم يكن ، ورجع المبيع إلى ملك البائع واعتبر أنه لم يخرج من ملكه أصلاً .

وحتى يعتبر هذا الشرط صحيحاً يجب توافر أمرين : (١) أن يكون الشرط معاصراً لعقد البيع ولو لم يكن مذكوراً في عقد البيع ذاته ، فالمعاصرة الذهبية تكنى (١) . فإذا تخلف الشرط عن عقد البيع ، فإن البيع ينعقد باتاً ، ويكون الشرط اللاحق إما وعداً بالبيع أو بيعاً معلقاً على شرط واقف تبعاً لنية المتعاقدين . وتكييف الشرط اللاحق بأنه بيع معلق على شرط واقف هو الذي تنص عليه المادة ٤٢٥ مدني مختلط إذ تقول : « إذا لم يشترط حق الاسترداد في العقد نفسه فن يكسب هذا الحق لا يعود مالاً إلا من يوم اشتراطه هذا الحق » . ولا نظير لهذا النص في التقنين الوطني السابق ، ولكنه تطبيق للقواعد العامة ولنية المتعاقدين . (٢) ألا تزيد المدة التي يصح فيها الاسترداد على خمس سنوات في التقنين الوطني ، وعلى سنتين في التقنين المختلط . وسنعود إلى هذه المسألة فيما يلي :

٨١ - مفترق كل من المشتري والبائع : يصبح المشتري ، بعد تسجيل

بيع الوفاء إذا كان المبيع عقاراً ، مالاً للمبيع تحت شرط فاسخ ، وله أن

(١) نقض مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٠ ص ١٠٢ وهو الحكم السابق الإشارة إليه . يكنى في اعتبار الإقرار ورقة ضد توافر المعاصرة الذهبية التي تربط بالعقد وإن اختلف تاريخهما) - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ١١٧ (ورقة ضد تحررت في يوم العقد البات) . ويخلص من ذلك أنه ليس من الضروري أن يكون عقد البيع ذاته هو الذي يثبت شرط استرداد العين المبيعة . وقد قضت محكمة النقض أنه ليس صحيحاً القول بأن اشتراط استرداد العين المبيعة يجب أن يثبت بعقد البيع نفسه وإلا اعتبر وعداً بالبيع ، فإن المادة ٣٣٩ مدني (سابق) تجيز للبائع أن يثبت بكافة الطرق ومنها البيعة والقرائن أن العقد لم يكن بيعاً باتاً وإنما هو على خلاف نصه يتردها حيازياً (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ ص ٨٧ - وانظر أيضاً : نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٥ ص ٣١٨ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٣٤ ص ٢٦٣ - استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧) . وقضت محكمة النقض كذلك بأن إثبات أن عقد البيع قصد به إخفاء رهن مفترق بفوائد ربوية يحرمها القانون مراعاة لظلم هو أمر جائز بكافة الطرق ، سائر . عقد البيع للظاهر بأنه بات أم وفائي (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٣ ص ١٦٠٢) .

يتصرف فيه ولكن يكون تصرفه معلقاً على هذا الشرط . فله أن يبيع وأن يهب وأن يرهن ، فإذا تحقق الشرط فحقت كل هذه التصرفات . ويستطيع أن يظهر العقار مما عليه من الرهون ، ويبقى هذا التصرف نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ . وله أن يطلب الأخذ بالشفعة (١) ، ويبقى تصرفه هذا أيضاً نافذاً ولو تحقق الشرط . وله من باب أول أن يقوم بأعمال الإدارة ، كأن يؤجر العين ، ويكون إيجاره نافذاً حتى لو تحقق الشرط الفاسخ وردت العين إلى البائع ، ويلتزم هذا بتنفيذ الإيجار إذا كان ثابت التاريخ ووقع دون غش ولم تجاوز مدته ثلاث سنوات (٤٣١/٣٤٥ مدني سابق) . وإذا كان بيع الوفاء صادراً من غير مالك ، فإن كان المبيع منقولاً ملكه المشتري إذا كان حسن النية بموجب الحيازة ، وللمالك الحقيقي أن يستعمل حق الاسترداد . وإذا كان المبيع عقاراً ، أمكن المشتري أن يملكه بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية ، وللبائع حسن النية إذا استرد المبيع أن يضم مدة حيازة المشتري إلى مدة حيازته إذا اقترنت بسبب صحيح لأن المشتري يعتبر حائزاً لحسابه (٢) . أما إذا كان المشتري سيئ النية ، فإنه لا يملك المبيع إلا بالتقادم الطويل ، سواء كان المبيع عقاراً أو منقولاً ، وله أن يضم مدة حيازة البائع ، فإذا ملك المبيع بالتقادم بقي للبائع حقه في الاسترداد .

ويصبح البائع مالكا تحت شرط واقف . فإذا تصرف المشتري في المبيع ، ثم تحقق الشرط ، عادت الملكية إلى البائع بأثر رجعي ، وأمكن هذا أن يسترد المبيع ممن تصرف له المشتري . ويستطيع البائع أن يتصرف في ملكيته للعلاقة على شرط واقف وأن يرهنها خاضعة لهذا الشرط (٣) ، فإذا كان المبيع عقاراً وجب التسجيل أو القيد . وللبائع فرق ذلك حق شخصي في ذمة المشتري ، يستطيع بموجبه أن يسترد المبيع في مواجهته ، حتى لو انتقل إلى يد أجنبي .

(١) نفق مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ بحسب أحكام النفق ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ .

(٢) بودري وسبينا فقرة ٦٣٦ - الأستاذ أنور سلطان ص ٢٧٥ هامش رقم ١ .

(٣) استئناف غنط ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٢٦ .

ثانياً - حق استرداد من الاسترداد :

٨٢ - من يستعمل حق الاسترداد وضد من يستعمل وعلى أي

شئ ، يقع : الذي يستعمل حق الاسترداد هو البائع ، وورثته من بعده ، ومن انتقل إليه حق البائع أي خلفه الخاص (١) . ولدائني البائع ، إذا كان هذا معسراً ، أن يستعملوا حقه باسمه وفقاً لأحكام الدعوى غير المباشرة (٢) .

ويستعمل حق الاسترداد - ضد المشتري أو ورثته من بعده . ويجوز أيضاً استعماله ضد المشتري من المشتري (أي الخلف الخاص) ، إلا إذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري الثاني حسن النية فانه يملك المبيع ملكاً بانياً ويبقى للبائع أن يرجع بتعويض على المشتري . أما إذا كان المشتري الثاني يعلم شرط الاسترداد أو كان المبيع عقاراً ، فانه يجوز للبائع أن يسترد منه المبيع ولا يدفع إلا الثمن المتفق عليه بينه وبين المشتري الأول حتى لو كان هذا الثمن أقل مما اشترى به المشتري الثاني ، ويرجع هذا على البائع له - أي على المشتري - بالفرق . أما إذا كان الثمن الذي اشترى به المشتري الثاني أقل ، فانه يسترد من البائع الثمن الأكثر ، ولا يرد الفرق إلى المشتري لأنه تلقى عنه حرقه بالثمن الذي دفعه له . ويلاحظ أن استرداد البائع من المشتري الثاني يكون بموجب دعوى هيبة هي دعوى الاستحقاق ، إذ يرجع المبيع إلى ملك البائع باستعمال حق الاسترداد . وقد تقدم أن للبائع عدا هذا دعوى شخصية قبل المشتري الأول ، وتظهر فائدتها

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه يجوز عرض ثمن المبيع وقائماً على المشتري من أحد الورثة من مال الورثة جميعاً ، ويكون الوارث الذي قام بالعرض قد باشره نيابة عنهم . ولما كان حق الاسترداد محزلاً أصلاً للبائع ولورثته ، فانه يجوز استعماله لمن يقرم مقام الورثة وهو الدائن لهم والملتزمون قبله بنقل ملكية العين محل الاسترداد إليه . وإذن فحق كان ورثة البائع وقائماً قد باعوا العين إلى شخص ورفعوا الدعوى بطلب استرداد هذه العين من المشتري وقائماً ، ثم تنازل بعض الورثة عن طلب الاسترداد محتفظين بمعهم في الثمن المودع ، فإن الحكم إذ قبل تدخل المشتري من الورثة منضماً إلى باقي المدعين في طلب الاسترداد لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

(٢) وفي القانون الفرنسي للمشتري إلزام الدائنين بتجريد البائع من أمواله الأخرى قبل استعمال حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٤ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٤٨٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٨) .

في حالتين : (١) إذا كان البائع ليس متأكداً من أن المبيع تحت يد المشتري الثاني ، إذ يجوز أن يكون هذا قد باعه لثالث ، ففي هذه الحالة لا يستطيع البائع أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الثاني ، وهو لا يعلم أين ذهبت العين ، فخير طريق يسلكه هو أن يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري الأول بموجب حقه الشخصي فيضمن أن يكون استعماله لحق الاسترداد صحيحاً . (٢) إذا كان المبيع منقولاً وقد ملكه المشتري الثاني حسن النية بالحيازة ، فلا يستطيع البائع في هذه الحالة أن يرفع عليه دعوى الاسترداد ، ولا يبقى له إلا الرجوع بتعويض على المشتري الأول بموجب حقه الشخصي ، وقد تقدم ذكر ذلك

ويقع الاسترداد على نفس المبيع ، سواء كان ملكاً كاملاً أو حصة مشاعة أو حصصاً مقسومة (م ٣٤٦ / ٤٣٢ مدني سابق) . ولكن لهذه القاعدة استثناءات .

١ - فقد يتعدد البائع ، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً . فإذا كان البيع بعقد واحد وبشئ واحد ، جاز للمشتري أن يطلب من البائعين جميعاً أن يتفقدوا فيما بينهم على استرداد كل المبيع أو لا يستردون شيئاً . ولا بد من اتفاق الجميع على الاسترداد ، فلو عرض أحدهم أن يسترد كل المبيع لنفسه لم يجز المشتري على إجابة هذا الطلب إلا إذا نزل باقي البائعين للبائع الذي يريد الاسترداد عن حقهم فيه . أما إذا لم يستعمل المشتري حقه في طلب اتفاق البائعين على الاسترداد ، فكل بائع لا يسترد نصيبه ، وبذلك ينقسم حق الاسترداد (انظر المواد ١٦٦٨ - ١٦٧٠ من قانون فرنسي ، وهي مجرد تطبيق للقواعد العامة) .

٢ - وقد يتعدد المشتري ، بأن يرثه ورثة متعددون أو يكون هو نفسه في الأصل متعدداً . فيستطيع البائع أن يستعمل حقه في الاسترداد ضد كل واحد منهم بقدر نصيبه (١) . أما إذا وقع المبيع كله في نصيب أحد الورثة ، استعمل

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان الاسترداد لا يقع - بحسب الأصل - إلا على المبيع كما هو ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٢٤٦ من القانون المدني (السابق) قد استثنت الحالة التي تترن فيها دعوى الاسترداد « مقامة على ورثة المشتري بالنسبة إلى الحصص المشاعة بينهم أو المفروزة التي يملكها كل منهم » . وهذا لا يصح منه القول بأن توجيه العرض أو الدعوى إلى بعض الورثة يعتبر توجيهها إلى الباقيين . وإذا كان البائع عند وفاة المشتري أن يجزئ دعوى

البائع حقه في الاسترداد ضد هذا الوارث بالنسبة إلى كل المبيع - ويبقى سائر
الورثة كل منهم مسئولاً بدعوى شخصية بمقدار نصيبه ، وذلك فيما إذا تعلق
استرداد الشيء المبيع من تحت يد الوارث الذي وقع في نصيبه كل المبيع بأن
كان مثلاً منقولاً ومملكه مشتركان حسن النية بالخيار . وليس للورثة أو
للمشتريين أن يطلبوا من البائع استرداد كل الشيء المبيع كما في حالة تعدد البائع ،
بل ينقسم هنا حق الاسترداد حياً (م ٣٤٦ / ٣٢٢) مدني سابق يوم ٧٢ - مدني
فرنسي (١) .

٣ - وتنفي المادة ٣٤٧ / ٣٣٣ مدني سابق (أنظر ١٧٦٦ مدني فرنسي)
بأنه إذا كان المبيع بيع وفاء خاصة شائعة في عقار ، واشترى مشترها الحصة
الباقية من المالكة بعد طلب هذا المالك مقاسمته ، فالمشتري المذكور عند مطالبة
بائعه الأول باسترداد الحصة المبيعة بيع وفاء أن يلزمه بأخذ العين بنهايتها . ذلك
أن المشتري وفاء قد اضطر ، لحفظ الحصة المشاعة التي اشتراها ، أن يشتري
حصة الشريك . فلزم البائع أن يستردّها مع الحصة المشاعة وأن يرد إلى المشتري
التمن الذي دفعه للشريك . ولكن للمشتري أن يحتفظ بما اشتراه في طلب المقاسمة
وأن يرد للبائع الحصة المشاعة التي اشتراها منه فقط . فإذا لم يشتري المشتري وفاء
حصة للشريك عند طلب القسمة ، بل بيعت كل العين لهذا الشريك أو لأجنبي ،
فتمن الحصة المشاعة للمبيعة وفاء هو الذي يستعمل فيه حق الاسترداد (١) .
ويلاحظ أنه إذا كان المشتري وفاء هو الذي طلب القسمة ، فليس له أن يطالب
البائع إلا باسترداد الحصة التي اشتراها منه ، وإذا خرجت العين من يده نتيجة
للقسمة لم تسر القسمة في حق البائع وفاء بل له أن يسترد حصته المبيعة من يد
من انتقلت إليه ، وله دعوى شخصية ضد المشتري وفاء كما قدمنا .

= الاسترداد بمطالبة بعض الورثة دون الآخرين ، فإن القول بأنه عند تجزئة الدعوى تعتبر
الإجراءات موجهة إلى جميع الورثة يكون قولاً غير صديد (نفص مدني ٨ فبراير سنة ١٩٤٥
مجموعة عمر : رقم ٢٠٤ ص ٧٥) .

(١) بودري وسينيا فقرة ٦٥٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩٦ - قازن الأستاذ
أنور سلطان فقرة ٣٧٨ .

٨٣ - متى يستعمل حق الاسترداد : الحدد الأقصى للمدة التي يجوز

أن يستعمل فيها حق الاسترداد هو خمس سنوات (١) . فإن اتفق المتعاقدان على أقل من هذه المدة ، سرى ما اتفقا عليه . وإن اتفقا على أكثر ، أنقص ما اتفقا عليه إلى خمس سنوات (٢) . وإن سكنا عن تعيين المدة ، اعتبرت المدة خمس سنوات (٣) . والمدة تحسب بالتقويم الهجرى ، بحسب المتبع في عهد التقنين المدنى السابق . وتبدأ من وقت البيع (٤) ، ولا يحسب يوم البيع ويحسب يوم الاسترداد ، وتحسب أيام الأعياد ، وإن انتهى بها الميعاد ، لأن المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ، ومن ثم تسرى على القاصر ولو لم يكن له نائب (٥) .

وتنص المادة ٢٤٢/٢٧ مدنى سابق على أن « الميعاد المذكور محتم بحيث يترتب على تجاوزه سقوط حق الاسترداد ، ولا يجوز للمحكمة أن تحكم بعدم سقوط الحق في أى حال من الأحوال ولو في حالة التوبة القاهرة » . فإذا انقضى الميعاد ولم يستعمل البائع حقه في الاسترداد ، أصبح بيع الوفاء الذى كان معلقاً على شرط فاسخ بيعاً باتاً ، وأصبح المشتري مالِكاً للمبيع ملكاً باتاً منذ البيع لا منذ انقضاء المدة فحسب (٦) ، فأصبحت جميع تصرفاته في البيع باطة

(١) وفي التقنين المختلط سنان ، وفي التقنين المدنى الفرنسى خمس سنوات .
(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن العقد الذى يظهر من روايته أنه بيع وفائى باستكمال أوضاع البيع الوفاءى تسرى عليه الأحكام المختصة بذلك ، ولا يصح اعتباره بيعاً تحت شرط أحقية البائع في الفسخ في أى وقت أراد . فإذا عين في العقد المذكور ميعاد لاسترداد البائع المبيع المبيعة أكثر من خمس سنوات ، وجب تنزيل الميعاد إلى خمس سنوات . وحق الرجوع في البيع إما أن يكون مطلقاً بلا قيد وإما أن يكون مقيداً بشرط فاسخ ، وفي جميع هذه الأحوال لا يعرف إلا ببيع وفائى ، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الرجوع خمس سنوات (٤ مايو سنة ١٩٠٥ المحرق ٢٠ ص ١٧٠) .

(٣) أوربى ورو ٥ فقرة ٢٥٧ ص ١٦٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ .
(٤) أو من وقت تحقق الشرط الواقف إذا كان بيع الوفاء معلقاً أيضاً على شرط واقف .
(٥) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ .

(٦) استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٤١ - فإذا كان بيع لم يسجل ، ثم أصبح باتاً على النحو المشار إليه ، جاز للمشتري رفع دعوى صحة التعاقد . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البائع بيعاً وفائياً لم يستعمل حقه في استرداد المبيع في الميعاد المنقضى عليه ، بمرور المشتري - بعد فوات مدة الاسترداد - دعوى صحة تعاقد على اعتبار أن هذا

وهل المكس من ذلك تزول ملكية البائع بأثر رجعي منذ البيع ، وزول جميع تصرفاته وتعتبر كأنها لم تكن ، لأن هذا كله كان معلقاً على شرط واقف ولم يتحقق الشرط .

أما المتعاقدان فيستطيعان باتفاق لاحق مد الميعاد إذا كان أقل من الحد الأقصى بحيث لا يتجاوز المدة بعد المد هذا الحد . وإذا اتفق المتعاقدان في البداية على مدة معينة ، ثم مدّاها ، ذلك ، فإن كان الاتفاق على الحد قبل انتهاء المدة الأولى فالحكم ما تقدم ، وإن كان بعد انتهاء المدة الأولى أمكن تفسير ذلك بأن بيع الوفاء أصبح باتاً بانتهاء المدة الأولى وأن المتعاقدين اتفقا بعد ذلك على بيع معلق على شرط واقف وحدد لتحقيق الشرط مدة هي مقدار ما مد من الأجل (م ٤٢٨ مختلط) (١) . ولا يجوز في حيز الأحوال أن يضر الارق على مد المدة بحقوق الغير (٢) . فإذا فرض أن المدة ٣ سنوات أولاً هي سنتان ،

البيع بات ، تبين المدة من بحثها واتفق تخلف شرط الاسترداد . المدة المحددة بالاسترداد قد انقضت بذور أن يتخذ هذا الشرط ، فإنه يكون لها أن تقضى به . من اعتبار أن العقد أصبح بيعاً باتاً ، إذ هذا التحول في طبيعة العقد يتم حتماً بحكم القدر بمجرد تخلف الشرط (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٣ من ٥٥٦) . هذا ولا يوجد ما يمنع ، حتى قبل أن يصح بيع الوفاء باتاً ، من أن يطلب المشتري تسجيله على اعتبار أنه لا يزال بيع وفاء ، فيرفع دعوى صحة التعاقد على هذا الأساس .

(١) كولان وكابيتان ٢ ص ٥٥٤ - ويذهب رأي إلى أن شرط المد يعتبر وعداً من جانب المشتري باعادة بيع المبيع للبائع ، ومن ثم لا يكون له أثر رجعي ، ولا يضر بحقوق الغير المتكسبة في الفترة بين المد والاسترداد (الأستاذ أحمد نجيب اهلالي وحامد زكي فقرة ٨٧ ص ٤٩٥) .

وقد قررت محكمة النقض جواز مد المتبايعين للأمر في عبارات يؤخذ عليها إغراقها في الإطلاق ، وكانت في حاجة إلى نبذ من التقييد . فقضت بأن المادة ٢٤٢ مدني (قديم) وإن منعت المحاكم من مد الأجل المحدد من الاسترداد ، فإنها لم تحل دون اتفاق المشتري مع البائع على التنازل عن حقه المقرر له بالمادة المذكورة كلياً بالتنازل عن صيرورة البيع باتاً نهائياً ، أو جزئياً بمد الأجل المحدد للاسترداد . والاتفاق على ذلك جائز قبل فوات الأجل المحدد أولاً للاسترداد ، كما هو جائز بعد فواته ، دون أن يؤثر ذلك في طبيعة العقد وكونه قصد به أن يكون عقد بيع وفائي (نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٣ ص ٦٥٥ - وانظر في انتقاد هذا الحكم الأستاذ سليمان مرقس ص ٤٣٦) .

(٢) ويجب تسجيله حتى يحتاج به على الغير الذي كسب حقاً بمد الاتفاق على المد (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١٩ ص ٣٦٦) .

ون غصرون السنة الأولى رتب المشتري وقاء وهنا على العقار المبيع ، ثم اتفق مع البائع قبل انتهاء الميعاد على مدة سنة ثالثة ، فان ألزهن بصبح بانا بانقضاء للسنتين ، لأن الدائن المرتهن كسب حقه معلقاً على شرط فاسخ يجب أن يتحقق في هذه المدة ، فاذا انقضت ولم يتحقق صار حقه بانا . أما إذا كسب دائن آخر رهنًا على العقار بعد مد الميعاد ولو قبل انتهاء السنتين ، فالميعاد الثاني المأدود هو الذي لا يسرى الميعاد الأول (١) .

٨٤ - كيف يستعمل من الاسترداد : في فرنسا اختلف الرأي في ذلك . ففريق يذهب إلى أن البائع يستعمل حقه في الاسترداد بعرضه الثمن والمصروفات على المشتري عرضاً حقيقياً ، وفريق ثان يذهب إلى جواز الاقتصار على العرض الفعلي دون العرض الحقيقي ، وفريق ثالث يذهب إلى عدم ضرورة للعرض إطلافاً ويكفي إظهار البائع للمشتري استعدادده أن يدفع له فوراً الثمن والمصروفات فيتم الاسترداد بإرادة منفردة من جانب البائع يعلن بها رغبته في استرداد المبيع مع استعداده لرد الثمن والمصروفات . وبهذا الرأي الأخير يأخذ القضاء في فرنسا ، ويزيد عليه أن الاسترداد على هذا النحو يكون هو نفسه معلقاً على شرط رافف ، ويتحقق الشرط بأن يرد البائع للمشتري فعلاً الثمن والمصروفات ، فان لم يردّها اعتبر الاسترداد كأن لم يكن فيخلص للمشتري ملك المبيع بانا ويأمن بذلك مزاحمة دائني البائع .

أما في مصر فالقضاء والفقهاء يذهبون إلى الأخذ بهذا الرأي الأخير ، وإلى أن مجرد إظهار البائع لاستعدادده لدفع الثمن والمصروفات كاف (١) . ولكن يحسن

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٤٨٧ ص ٤٩٦ - ص ٤٩٧ .
(٢) استئناف غنظط ١٧ يناير سنة ١٨٨١ م ١ ص ٢٤٣ - ١٩ أبريل سنة ١٨٩٤ م ٢ ص ٢٢٧ - قنا الاستئنافية ١٩ سبتمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٥ رقم ١/٤٥ ص ٩٢ - السطة ١٨ سبتمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٠٦ - جرائمولا ن فقرة ٢١٢ - دي هلبس ٤ لفظ vente فقرة ٢٩٩ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ٧٨١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجب إلى جانب إبداء الرغبة دفع الثمن فعلاً في الميعاد لوضوح من المادة ٢٣٨ مدني المعدلة بالتانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، ولا محل بعد هذا التعديل للاستناد على عبارة المادة ٣٤٤ مدني فتقول بغير ذلك ، لأن المادة الأخيرة في الواقع إنما وضعت خاصة =

إذا أخذ بهذا الرأي ، التمشي مع القضاء الفرنسي في أن الاسترداد على هذا النحو يكون معلقاً على شرط واقف هو الدفع الفعلي ، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يعتبر البائع قد استرد وأصبح البيع باتاً لعدم الاسترداد ، وبذلك يخلص للمشتري ملك المبيع فلا يزاحمه فيه دائر البائع (١).

٨٥ - آثار التي ترتب على استعمال حق الاسترداد : ترتب على استعمال البائع لحق الاسترداد النتائج الآتية :

أولاً - ينفسخ بيع الوفاء ويعتبر كأن لم يكن ، فتتسخ تصرفات المشتري وفاء في المبيع وقد كانت معلقة على شرط فاسخ فتحقق الشرط (٢) ، وتنفذ كل تصرفات البائع وقد كانت معلقة على شرط واقف فتحقق الشرط أيضاً .

ثانياً - يصبح البائع مديناً بما يأتي : (١) أصل الثمن . وليس من المحتم أن يكون الثمن الذي يرده البائع هو نفس الثمن الذي دفعه المشتري ، وإن كان هذا هو الذي يقع غالباً . ولكن قد يتفق المتعاقدان أن البائع يرد ثمناً أكثر أو أقل ،

= لبيان ما يجب على البائع دفعه فوراً (٢٦ أكتوبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية رقم ٢٠) . وأنظر أيضاً في هذا المعنى الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٥٠٠ . واسترداد البائع المبيع إذا كان عقاراً يكن فيه التأشير في هامش تسجيل عقد بيع الوفاء ، ولا تحصل رسوم نسبية على هذا التأشير بل يسترد البائع نصف الرسوم النسبية التي دفعت عند تسجيل بيع الوفاء ويردها البائع للمشتري . أما إذا أصبح بيع الوفاء باتاً ، ثم اتفق المتبايعان على شرط جديد للاسترداد ، فلا بد عند الاسترداد من تدبير جديد ، ويستوى في ذلك أن يكون الاتفاق على شرط الاسترداد الجديد قد اعتبر بيعاً معداً من واقف أو وعداً بالبيع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٦ ص ٤٣٤) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦١ ص ٤٤٠ - وقد كان المشروع التمهيدى لتبني المدق الجديد - وهو يقر بيع الوفاء وينظمه كما قدمنا - يتضمن نصاً (م ٢/٦٢٢ من المشروع) ينص : « ويجوز للمشتري أن يحدد للبائع مياداً يلزمه فيه أن يعرض المبالغ المنصوص عليها في الفقرة السابقة عرضاً حقيقياً ، فإذا انقضى الميعاد ولم يقدم البائع بذلك اعتبر فسخ البيع الذي ترتب على استعمال حق الاسترداد كأن لم يكن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٣ - ص ١٧٤ في الهامش) .

(٢) وذلك فيما عدا التطهير والأخذ بالنسبة وإيجار على النحو الذي قدمناه (أنظر آنفاً فقرة ٨١) .

إلا أنه في حالة اشتراط رد ثمن أكثر يكون هذا موجباً للشك في أن العقد رهن برأ فاحشة وليس على البائع رد فوائد الثمن ، فان المشتري قد استغل المبيع مدة البيع الوفاً ويترجم ذلك مقام الفوائد حتى لا يجمع بين الفوائد والربح . بل إن اشتراط رد الفوائد يعتبر من القرائن على أن بيع الوفاء إنما هو رهن . (٢) المص : ان المترتبة على البيع والتي تترتب على استرداد المبيع . فيرد البائع للمشتري رسوم التسجيل ، ويتحمل مصروفات الاسترداد من نقل المبيع والتأشير على هامش التسجيل وغير ذلك . (٣) المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري غير ما صرفه في صيانة المبيع ، وكذلك في المصروفات النافعة يرد أقل القيمتين ما صرف فعلاً وما زاد في قيمة المبيع . بشرط في المصروفات النافعة ألا تكون فاحشة ، فقد يعتمد المشتري تحسب المبيع تحسباً يعجز البائع عن رد مصروفاته ، ففي هذه الحالة يكون البائع غير ملزم بردها وعلى المشتري أن يرد الشيء إلى أصله وينزع منه ما زاد عليه من بناء أو غراس أو غير ذلك (١) .

وليس للمشتري حق امتياز على المبيع ، لأن الاسترداد فسخ للبيع الأول وليس بيعاً جديداً ، ولكن يستطيع المشتري أن يعتبر الاسترداد كأن لم يكن إن لم يسبق الديون المتقدم ذكرها على الرأي الذي نذهب إليه . وللمشتري على كل حال حبس المبيع حتى استيفاء هذه الديون .

ثالثاً - يصبح المشتري مديناً برد المبيع . ولا يرد الثمرات لأنها في مقابل

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع وفائياً لا يلزم إلا برد المصروفات الضرورية التي صرفها المشتري لحفظ المبيع من التلف أو الهلاك ، وكذلك بالمصروفات التي تزيد قيمة المبيع بقدر راد من قيمته بشرط ألا تكون فاحشة ، وأما المصروفات التي ينفقها المشتري لاستغلال المبيع تياً فلا يلزم بها البائع متى كان إنفاقها في مقابل استغلاله لهذا المبيع وقبض ثمراته (نقض مدني ١٩٥٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

وإذا وقع نزاع بين البائع والمشتري على المبالغ الواجب ردها ولم يكن المشتري محققاً فيه ، كان للبائع أن يعرض المبالغ التي يرى نفسه ملزماً بردها عرضاً حقيقياً ويردعها خزانة المحكمة ، ، أن يخضع رسم الإيداع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان المشتري وفائياً قد رفض قبول من الثمن والملحقات بنفي مرسوم قانوني ، فإن تمام ورثة البائع بخضم رسم الإيداع من المبلغ المروءة في صحة العرض والإيداع (نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٦ ص ١٩٩) .

الفوائد ، ويستحق منها بنسبة المدة التي بقى فيها بيع الوفاء دون فسخ ، سواء كانت الثمرات طبيعية كمحصول الأرض (١) أو مدنية كأجرة المنزل . وإذا نقص المبيع ، فإن كان بغير فعل المشتري لم يلزم بشيء ولكن للبائع ببداهة ألا يسترد ، وإن كان بفعل المشتري فهو مسئول عنه .

(ب) بيع الوفاء في عهد التقنين المدني الجديد

٨٦ - بيع الوفاء باطل - الأعمال التحضيرية للتقنين الجديد

وما دار في لجنة مجلس الشيوخ : قدما أن المادة ٤٦٥ من التقنين المدني الجديد تنص على أنه « إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة ، وقع البيع باطلا » . وذكرنا أن مشروع التقنين الجديد كان يقر بيع الوفاء وينظمه على غرار التنظيم الذي قدمناه في عهد التقنين السابق . ولكن لجنة مجلس الشيوخ ، عندما نظرت المشروع ، انقسمت إلى رأيين (٢) :

(الرأي الأول) ذهب إلى حذف هذه النصوص جملة واحدة ، وعدم النص على بيع الوفاء اكتفاء بأحكام الرهن ، إذ تبين من العمل أن كثيراً من البيوع الوفائية تستر رهونا حيازية عقارية ، حتى أن المشرع في سنة ١٩٢٣ نص على أن البيع الوفاقي إذا ستر رهناً كان العقد باطلا بوصفه بيعاً أورهناً . وقد دلت أصحاب هذا الرأي على صحة ما ذهبوا إليه بما يأتي : (١) أن بيع الوفاء لا وجود له إلا من الناحية النظرية ، وهو في الحقيقة يهدف إلى تحققة أحكام الرهن من أسير السبل . فنظام الرهن بنوعيه يغنى عنه ، وبخاصة رهن الحيازة . (٢) أن هذا النظام يقضى على مزية حماية الملكية الصغيرة المتمثلة في قانون خمسة الأفدنة ، فيستطيع المرابي عن طريق بيع الوفاء أن يشتري أرض الفلاح الصغير وتخلص له ملكيتها إذا لم يسترد البائع ، وكان لا يستطيع ذلك عن طريق الرهن إذ لا يستطيع الحجز على الأرض وهي لا تزيد على خمسة أفدنة . (٣) أن بيع

(١) ولا يشترط جنيته بالفعل .

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٨ - ص ١٧٦ .

الوفاء يدفع صفار الملاك إلى بيع أموالهم وهم يعتقدون أنهم سيستردونها، والغالب أنهم يعجزون عن ذلك ، فتضيع عليهم أموالهم بأبخس الأثمان . (٤) أن البائع في البيع الوفاي لا يستطيع أن يبيع ماله مرة ثانية بيعاً باتاً ، ويستطيع ذلك في الرهن .

(والرأى الثانى) ذهب إلى الإبقاء على نظام بيع الوفاء ، لأن فى حذف هذا النوع من البيوع انعدام بعض التصرفات المقبولة التى جرى عليها العمل . وليس من الصواب القول بأن كل بيع وفاي يستر رهناً ، لأن المشتري فى بيع الوفاء الحقيقى بطمع بعد انقضاء المدة فى أن يكون مالكا ملكا باتا والبائع بطمع فى أن يسترد ملكه ، فاذا حرم البائع من هذا التصرف وألحت عليه الحاجة وكان من صفار الملاك اضطر إلى بيع ملكه بيعاً نهائياً . وما دام القانون قد وضع الضمانات التى رآها كافية لحفظ الملك لصاحبه إذا رد الثمن ، فلا محل لحذف بيع الوفاء .

وقد قيل من جانب الحكومة فى لجنة مجلس الشيوخ ، تأييداً للرأى الثانى ، إنه يجب الإبقاء على بيع الوفاء ، لأن العمل أثبت الحاجة إليه وفى الإمكان ، حماية لصفار الملاك والفلاحين ، الكشف عن البيوع الوفاية الساترة الرهون ومحاربتها ، كما فعل المشرع المصرى فى سنة ١٩٢٣ . وأما ما قيل من أن البائع فى البيع الوفاي لا يستطيع بيع ملكه مرة أخرى بيعاً نهائياً فردود ، لأنه يستطيع بيع حقه المعلق على شرط واقف وهذا لا يختلف كثيراً عن بيع ماله المرهون مثقلاً بالرهن . والقائلون بالغاء البيع الوفاي لم يثبتوا أن العمل أبان أن بيع الوفاء ضرره أكثر من نفعه . ثم وجهت الحكومة نظر اللجنة إلى أن حذف النصوص المتعلقة ببيع الوفاء من المشروع لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيكون هناك بيع وفاء ولكنه غير منظم تنظيمًا تشريعياً ، وهذا وضع أسوأ . وليس أمام اللجنة إلا أحد طريقين : إما أن تبقى بيع الوفاء فتستبقى تنظيمه التشريعى ، وإما أن تحرمه فتص على ذلك نصاً صريحاً .

وقد رأت اللجنة تأجيل البت فى المسألة حتى تستطلع آراء المزارعين والمحامين فى شأنها . ثم أعادت اللجنة النظر فيها ، ورأت حذف النصوص

المتعلقة ببيع الوفاء والنص صراحة على تحريمه ، لأن عدم النص على هذا التحريم يدع للناس مجالاً للتعامل به مستهدين فيه بتطبيق القواعد العامة .

وجاء بعد ذلك في تقرير لجنة مجلس الشيوخ ، تلخيصاً لما دار في المسألة من مناقشات ، ما يأتي (١) : « تناولت اللجنة بيع الوفاء ، وقد رأت بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة حيوية في التعامل ، إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان ، تبدأ ستاراً لرهن ، وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بشئ بخس . والواقع أن من يعتمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع ، بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة . ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد . ولكنه قل أن يحسن التدبير ، فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل ، ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته ، وتحمل غيباً ينبغي أن يدركه القانون عنه . ولذلك رؤى أن تحذف النصوص الخاصة ببيع الوفاء ، وأن يستعاض عنها بنص عام يحرم هذا البيع في أية صورة من الصور . وبهذا لا يكون أمام الدائن والمدين إلا الالتجاء إلى الرهن الحيازي وغيره من وسائل الضمان التي نظمها القانون وأحاطها بما يكفل حقوق كل منهما ، دون أن يتسع المجال لغبن قلما يؤمن بجلبه » .

٨٧ - ما الرى يترتب على بطلان بيع الوفاء : فبيع الوفاء إذن ، في التقنين المدني الجديد ، باطل . ويمكن تأسيس هذا البطلان على هذا النص الخاص (م ٤٦٥ مدني) ، كما يمكن القول إن البطلان هنا راجع إلى أن المشرع قد استحدث تغييراً في نظريته إلى النظام العام ، فوجد أن بيع الوفاء - ويقصد به عادة أن يكون ستاراً لتصرف غير مشروع - أمر مخالف للنظام العام ، فيكون باطلاً تطبيقاً للقواعد العامة في البطلان (٢).

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٧٨ - ص ١٧٩ .
(٢) هل أن القانون بأن بطلان بيع الوفاء قاعدة من النظام العام قد يقتضى أن يكون النص انقاضي بالبطلان امر رجعي ، فيسرى على بيع الوفاء التي أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فالأولى إذن أن يقال بأن قاعدة البطلان ، وإن كانت تمت للمصلحة العامة ، لا تنعز من النظام العام ، وبأن البطلان هنا مؤسس على نص خاص في القانون (أنظر ما يلي صفة ٨٩)

وأحكام هذا البطلان هي الأحكام التي تقررها القواعد العامة . فهو بطلان مطلق ، لا تلحقه الإجازة ، ولا يرد عليه التقادم ، ويستطيع أن يتمسك به كل من كان له مصلحة فيه ، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . ولا يترتب عليه أثر (١) ، لا فيما بين المتعاقدين ، ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً للتفصيلات التي أوردناها عند الكلام في البطلان في الجزء الأول من الوسيط . فيجب على المشتري رد المبيع وثمراته إلى البائع ، وإن استرد المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة ، وذلك كله طبقاً لتواعد المقررة في هذا الشأن . ويجب على البائع أن يرد للمشتري فوراً ما قبضه من ثمن ولا يعتد بالأجل ، ويكون الرد بموجب قاعدة استرداد غير المستحق . ولا يكون المبيع مثقلاً بأي حق عيني لضمان رد الثمن ، فإن بيع الوفاء جعله القانون باطلاً باعتباره بيعاً أو رهناً . وإذا كان قد سبق تسجيله ، فعند تقرير البطلان يؤثر بذلك على هامش التسجيل .

وفي الفترة السابقة على تقرير بطلان بيع الوفاء ، إذا تصرف المشتري في المبيع ببيع أو رهن ، اعتبر التصرف صادراً من غير مالك وجرى عليه حكمه . أما إذا تصرف البائع في المبيع ، فتصرفه صحيح لأنه هو المالك . وإذا انقضت المدة المحددة للاسترداد واسترد البائع المبيع ، فإن ذلك لا يمنعه من التمسك ببطلان البيع (٢) . أما إذا استرد البائع المبيع في المدة المحددة ، فلا عبرة بهذا الاسترداد ، ويرجع المبيع إلى البائع لا بحكم الاسترداد وفسخ البيع ، بل بحكم أن البيع باطل من الأصل كما سبق القول .

ولا يصلح بيع الوفاء ، وهو بيع باطل ، أن يكون سبباً صحيحاً للتقادم القصير . على أن المشتري وفاء إذا باع العين لمشتري حسن النية ، ملكها المشتري الثاني في المنقول بالحيازة ، وأمكن أن يملكها في العقار بالتقادم القصير ، لأن البيع الصادر من المشتري وفاء بيع صادر من غير مالك فيجرى عليه حكمه .

(١) ولا يمكن حل بيع الوفاء على أنه يستر في الحقيقة رهناً فتجرى أحكام الرهن ، فالمعقد السائر هنا عقد باطل بحكم القانون فلا يصلح أن يستر أي تصرف آخر ، وقد قصد المشرع إبطال بيع الوفاء أصلاً سواء باعتباره بيعاً أو رهناً (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٥٦) .

(٢) وقد بينى المشتري واضحاً يده على المبيع ، كمالك ملكاً باقياً ، بعد انقضاء مدة الاسترداد . ويستطيع في هذه الحالة أن يملك المبيع بالتقادم الطويل ، دون التقادم القصير كما سيأتي .

٨٨ - تمييز منطقتي بيع عرفاء عن البيع المعلق على شرط فاسخ:

ولما كان بيع الوفاء ليس إلا بيعاً معلقاً على شرط فاسخ ، وكان دون سائر أنواع البيع المعلقة على شرط فاسخ بيعاً باطلاً في التقنين المدني الجديد ، لذلك أصبح تمييزه من هذه البيوع وتحديد منطقته أمراً بالغ الأهمية ، حتى يختص هر وحده بالبطلان .

ولا صعوبة في تمييز الشرط الوفاي عن الشرط الفاسخ غير المتعلق بإرادة البائع . ذلك أن الشرط الوفاي هو شرط يتعلق حتماً بإرادة البائع ، إذ هو يسترد المبيع متى أعلن إرادته في الاسترداد . فإذا كان الشرط الفاسخ غير متعلق بإرادة البائع ، أو متعلقاً بها وبأمر آخر خارج عنها ، لم يكن هذا الشرط الفاسخ شرطاً وفائياً ، وكان البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً . مثل ذلك أن يبيع موظف داراً له في الاسكندرية ، ويعلم البيع على شرط فاسخ هو نقله إلى هذه المدينة إذ يحتاج عند ذلك إلى الدار لسكنائها ، فالبيع هنا معتر على شرط خارج عن إرادة البائع ويكون صحيحاً . وإذا باع شخص داراً وعلق البيع على شرط فاسخ هو أن يتزوج ، فالشرط هنا مختلط يتعلق بإرادته وإرادة الزوجة ، فلا يكون شرطاً وفائياً ويكون البيع المعلق عليه بيعاً صحيحاً .

ويلق الأمر عندما يكون الشرط الفاسخ متعلقاً بإرادة البائع . فهناك شرط متعلق بإرادة البائع وليس شرطاً وفائياً فيبقى معه البيع صحيحاً ، وشرط متعلق بإرادة البائع وهو شرط وفائي فيبطل معه البيع . ونرى أن التمييز بين الشرطين يقوم على الاعتبار الآتي : في بعض الأحوال يجعل البائع لنفسه حق الفسخ ليستبقى فسحة من الوقت يتروى فيها كما في البيع مع الاحتفاظ بحز العدول أو البيع المقترن بخيار الشرط (١) ، ففي هذه الحالة يكون الشرط للتروى فيصح ويصح معه البيع . وفي أحوال أخرى يجعل البائع لنفسه حق الفسخ مؤملاً أن يسترد المبيع برد الثمن ، ففي هذه الحالة يكون الشرط وفائياً فيبطل ويبطل معه

(١) أما البيع بشرط التجربة ، فقد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كما سبق القول ، وليس الشرط هنا لا يتعلق بإرادة البائع بل بإرادة المشتري ، والقول فيه عن كل حال الخبراء لا للمشتري في إحدى صورتيه .

البيع . فالشرط الصحيح هو ما كان للثمن ، والشرط الباطل هو ما كان للتمكّن من استرداد المبيع .

ويمكن أن نتصور ، بعد أن أصبح بيع الوفاء باطلاً ، أن تتحايل الناس لتجنب هذا الحكم بأحدى وسيلتين (١) : (١) يبيع المالك العين للمشتري بيعاً باتاً ، ثم يبيع المشتري بعقده جديد نفس العين للبائع معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يسترد الثمن والمصروفات في مدة معينة . (٢) يبيع المالك العين للمشتري بيعاً باتاً ، ثم يبيع المشتري العين لأجنبي بعقده ثانٍ ، ثم يبيع الأجنبي العين للبائع بعقده معلقاً البيع على شرط واقف هو أن يرد البائع الثمن والمصروفات في خلال مدة معينة . وتتماز هذه الوسيلة الثانية عن الوسيلة الأولى في أنه قد توسط أجنبي ما بين البائع والمشتري ، فجعل الشبهة أبعد (٢) . وعندنا أنه إذا اشتبه القاضي في حقيقة البيع هل هو بيع وفائي فيطّله ، وجب عليه ألا يقف عند تكييف

(١) وهناك وسيلة أخرى لا يستطيع المتعاملان أن يلجأ إليها ، إذ تقمان مباشرة تحت نظر القانون . الوسيلة الأولى أن يرهّن المالك العين عند الدائن ، ويشترط الدائن أن يملك العين إذا لم يستوف الدين في الميعاد ، فيصل بذلك إلى النتيجة التي كان يصل إليها ببيع الوفاء . وهذه الولاية حرّمها القانون بنص صريح ، هو المادة ١٠٥٢ مدني في الرهن الرسمي والمادة ١١٠٠ مدني في الرهن الحيازي . والوسيلة الثانية أن يعتمد المتعاملان على إخفاء بيع الوفاء تحت ستار بيع بات لا يوجد فيه شرط وفائي ، ويحرران بالشرط الوفائي ورقة ضد فيما بينهما وقد يؤخران تاريخها عن تاريخ البيع البات . وقد كشف القضاء منذ عهد التقنين المدني السابق عن هذا التحايل ، وأوردنا أحكاماً كثيرة تقضي بأن البيع في هذه الحالة يعتبر بيعاً وفائياً ، عاصر فيه الشرط الوفائي البيع ولو معاصرة ذهنية .

(٢) وهناك صورة يسهل تمييزها عن صورة بيع الوفاء ، وإن كانت بيعاً مطلقاً على شرط خ ويتحقق الشرط بإرادة البائع : يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مطلقاً على شرط خ هو عدم الوفاء بالثمن أو بقسط منه في الميعاد المتفق عليه . وتتميز هذه الصورة عن بيع الوفاء بـ (١) أن الثمن فيها مؤجل ، أما الثمن في بيع الوفاء فيكون عادة معجلاً أو قريب الأجل . ويكون الفسخ في هذه الصورة راجعاً إلى أن البائع لم يستوف الثمن ، أما الفسخ في بيع الوفاء فيرجع إلى أن البائع قد استوفى الثمن ثم رده إلى المشتري .

وقد يبيع شخص عيناً لآخر ، ويعلق البيع على شرط واقف هو ألا يوفى البائع ديناً عليه للمشتري . فهذا ليس ببيع وفاء ، ولكنه بيع قد يخفى رهناً اشترط فيه انتقال الملك في الرهن إلى المرتهن إذا لم يستوف الدين في الميعاد ، فيكون هذا الشرط باطلاً (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ١٠ ص ٢٦) .

المتابعين للعقد، بل يحلل الصفقة أو مجموعة الصفقات ليرى هل الفرص من ذلك هو ضمان رد المبيع إلى البائع إذا رد الثمن فاذا لم يرده خلصت ملكية المبيع للمشتري، فعند ذلك يكون التصرف سائراً لبيع وفاء ويجب عليه الحكم بطلانه . وما يعينه على تبين ذلك القرائن التي كانت في عهد التقنين المدني السابق تتخذ دليلاً على أن العقد رهن لا بيع وفاء . وقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الجديد - وقد أقر بيع الوفاء ونظمه كما قدمنا - يتضمن نصاً في هذا المعنى هو المادة ٦٣١ من هذا المشروع ، وكانت تقضى بما يأتي : ١ - إذا ستر بيع الوفاء رهن حيازة عقارياً ، كان العقد باطلاً بوصفه بيعاً أو رهناً . ٢ - ويعتبر بيع الوفاء سائراً لرهن حيازي إذا اشترط فيه رد الثمن مع الفوائد أو إذا بنى المبيع في حيازة البائع بأية صفة كانت . يجوز بأية طريقة أخرى لإثبات الرهن المستر ، دون الوقوف عند الألفاظ التي وردت في العقد . (١) ونرى أن نستنتج بهذا المبدأ ، في صورتين اللتين قدمناهما ، وفيهما صدر البيع معلقاً على شرط واقف إلى البائع من المشتري أو من أجنبي ، إذا سلم المشتري أو الأجنبي المبيع للبائع بالرغم من أن ملكية هذا البائع لا تزال معلقة على شرط واقف ، أو كان على البائع أن يرد الثمن مع الفوائد ، أو قامت قرائن أخرى كأن يرد البائع ثمناً أكبر أو أن تطول مدة التعليق كما يكون عادة في مدة الاسترداد في البيع الوفاي ، سهل على القاضي أن يتبين أن العقد يستر بيع وفاء فيقضى بطلانه (٢) .

٨٩ - ليس للتقنين الجديد أثر رجعي : رأينا أن التقنين المدني الجديد

قد استحدث حكم بطلان بيع الوفاء أصلاً من غير تمييز بين بيع جدي وبيع يستر رهناً، فهذا الحكم الجديد وإن كان يمت للمصلحة العامة لا يعتبر من النظام

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ في الهامش .

(٢) وقد يمد المشتري البائع باعادة بيع المبيع له إذا أبدى البائع رغبته في الشراء في مدة مد فتر هذا العقد جائز . وهو يختلف اختلافاً جوهرياً عن بيع الوفاء ، إذ البائع فيه قد تجرد ملكية المبيع تجرداً نهائياً ، وليس له إلا حق شخصي قد لا يستطيع بموجبه أن يمدد البيع . وإذا إذا تصرف المشتري فيه قبل أن يبدى البائع رغبته في الشراء . أما في بيع الوفاء فقد استقر على المبيع حق ملكية معلقاً على شرط واقف ، وهو واثق من استرداد المبيع إذا هو استمر في الاسترداد .

العام ، فلا يكون له أثر رجعي . ويرتب على ذلك أن كل بيع وفاء أبرم قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ يبقى خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق المعدل بالقانون رقم ٥٠/٤٩ لسنة ١٩٢٣ ، وتسرى عليه هذه الأحكام فلا يكون باطلاً إلا إذا كان بيعاً يستر رهناً ، وذلك حتى لو لم تكن مدة الاسترداد قد انقضت في ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

أما بيع الوفاء التي تبرم ابتداء من يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فهذه تخضع لأحكام التقنين المدني الجديد ، ومن ثم تكون باطلة حتى لو لم يثبت أن بيع الوفاء يستر رهناً (٢) .

§ ٤ - البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية حتى ا تيفاء الثمن أو الأيجار السائر للبيع

(vente à tempérament — location-vente)

٩٠ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) وآخر بيع وفاء يمكن تصوره خاضعاً لأحكام التقنين المدني السابق هو بيع وفاء أبرم في يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ واتفق على أن تكون مدة الاسترداد فيه خمس سنوات . فيجوز في مثل هذا البيع للبائع أن يسترد المبيع حتى يوم ١٤ من شهر أكتوبر سنة ١٩٥٤ ، وبعد هذا اليوم لا يمكن تصور استرداد صحيح يقع من البائع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤) . ولكن يمكن تصور نزاع يقوم بعد هذا التاريخ حول استرداد استعمل في حدود هذا التاريخ ، وقد يبق النزاع سبب طويلاً منظوراً أمام المحاكم ويلزمها فيه تطبيق أحكام التقنين المدني السابق .

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٠٩ .

• بعض رسائل حديثة في الموضوع : هابر (Habert) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - فيدور (Fedor) رسالة من باريس سنة ١٩٣١ - مانيو (Magniaux) رسالة من رون سنة ١٩٣٣ - ميشليه (Michelet) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - سجانيك (Sganek) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - يونج (Yung) رسالة من باريس سنة ١٩٣٣ - ليمستر =

١ . إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكر : نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع .

٢ . فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقى البائع جزءاً منه تعريضاً له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفف التعريض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ .

٣ . فإذا ماوفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع .

٤ . ونسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو صمى المتعاقدان البيع إيجاراً ، (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= (Le Mestrc) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - روسو (Rousseau) رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ - فيلونريكس (Villoutreix) دراسة اقتصادية وقانونية لبيع السيارات بالتقسيط رسالة من باريس سنة ١٩٣٦ .

(أنظر في هذا بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٦ هامس رقم ١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٠ من المشروع التمهيدي . وكانت الفقرة الأولى من المادة ٥٧٠ المذكورة تجرى على الوجه الآتي : « إذا كان البيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى الثمن كله ، حتى لو تم تسليم المبيع » ، أما الفقرات الثلاث الأخيرة فلا تختلف عما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد إلا في بعض فروق لغوية . وأقرت لجنة المراجعة نص المشروع التمهيدي ، وأصبح رقم المادة ٤٤٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عدلت الفقرة الأولى إلى النص الذي استقر في التقنين المدني الجديد ، لأن نص المشروع يرم أن الملكية لم تنتقل بشأن من البائع إلى المشتري ، مع أن الواقع أن الملكية تنتقل إلى المشتري معلقة على شرط واقف هو استيفاء الثمن كله ، فعدلت اللجنة النص حتى يؤدي هذا المعنى بوضوح . وحذفت اللجنة من الفقرة الثالثة عبارة « عند الشك » حتى يكون العقد قاطعاً في أن انتقال الملكية يستند دائماً إلى وقت البيع . ووافق مجلس النواب على النص كما عدت لجنته . ووافق مجلس الشيوخ عليه تحت رقم ٣٠ : (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٧ - ص ٤٨ و ص ٥٠ - ص ٥١) .

المادة ٣٩٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٣٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا يوجد مقابل للنص (١) .

٩١ - تطبيقات هملية : ين كبراً أن يبيع شخص شيئاً بثمن مقسط ، وحتى يستوفى من أن المشتري يوفى الثمن ونحوها من إعساره يشترط أن يحتفظ بملكية البيع فلا تنتقل بانه إلى المشتري حتى يقوم بوفاء جميع أقساط الثمن . وأكثر ما يقع ذلك في بيع السيارات والآلات الميكانيكية والدراجات وماكينات الخياطة والراديوهات والبيانوهات والآلات الكاتبة والبرادات (التلاجات) والغسالات ونحو ذلك من المنقولات . وقد يقع أيضاً في بيع المحلات التجارية والأراضي والدور والنباتات . فيجمع إلى أصل الثمن فوائده ، ويقسم المبروع أقساطاً متساوية على عدد من الشهور أو السنين ، وإذا وفاها المشتري جميعها خلصت له ملكية المبيع (٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٨ (مطابقة للمادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩١ - فقرة ٩٣) .

التقنين المدني الليبي م ٤١٩ (مطابقة للمادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٣٤ (متفقة مع نص المشروع التمهيدى للمادة ٤٣٠ من التقنين المدني المصري والأحكام واحدة في التقنينين - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٤١ - فقرة ١٤٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢ - فقرة ٥٩ و فقرة ٣٠٢ - فقرة ٣٠٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : ليس فيه نص مقابل ، ولكن نص التقنين المصري ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيمكن الأخذ بأحكامه في لبنان .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « تجب المادة أن يشترط البيع ، إذا كان الثمن مؤجلاً ، أن يحتفظ بالملكية إلى أن يستوفى كل الثمن ، حتى لو سلم جميع قبل ذلك . وهذا ضمان تلجأ إليه عادة الشركات التي تبيع سلعتها بالتقسيط - كالآلات وحربات السفن وكالأراضي التي تباع بأثمان مقسطة - فاحتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يستوفى الثمن أبلغ في ضمانه من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد انتقلت » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٩)

وأنظر في التاجين الاجتماعية الاقتصادية لهذا البيع ، وفي انتشاره في أمريكا ، وفي أنه يهيئ

- وأول صورة لهذا البيع كانت هي البيع بالتقسيط (vente à tempérament).
ثم تدرج التعامل من هذه الصورة إلى صورة الإيجار السائر للبيع (location-
vente). وهو الآن في سبيله إلى التدرج نحو صورة ثالثة هي الإيجار المقترن بوعده
بالبيع (location complétée par une promesse de vente). ونستعرض
هذه الصور الثلاث التي وقف منها التقنين المدني الجديد عند صورتين الأولىين،
لأنهما هما صورتان ، الأكثر انتشاراً .

٩٢ - البيع بالتقسيط : عرضت الفقرات الثلاث الأولى من
المادة ٤٣٠ مدني ، كما رأينا ، لحالة البيع بالتقسيط . فإذا باع تاجر عينا -
سيارة أو آلة كاتبة أو راديو أو غير ذلك - بثمن مؤجل واجب الدفع في ميعاد
معين ، أو بثمن ممتط أقساطاً متساوية على النحو الذي قدمناه ، واشترط البائع
على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط واقف هو وفاء المشتري بالتثمن
المؤجل في الميعاد المحدد أو وفاؤه بالأقساط جميعاً في المواعيد المتفق عليها ، فإن
البيع بهذا الشرط يكون صحيحاً . ويجب إعمال الشرط ، حتى لو سلم البائع
المبيع للمشتري قبل استيفاء الثمن أو قبل استيفاء أي قسط من أقساطه .

وفي هذه الحالة تنتقل ملكية المبيع معلقة على شرط واقف إلى المشتري ،
ويستبقى البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ (١). وكل من الشرط الواقف
والشرط الفاسخ هنا حادث واحد ، هو أن يوفي المشتري بالتثمن أو بأقساطه في
الميعاد المحدد . فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية بآنة بأثر رجعي

= السبيل لذوي الموارد المحدودة إلى الحصول على سلع ما كانوا يحصلون عليها لو كان الثمن واجب
الدفع فوراً ، ولكنه يخلق في الوقت ذاته حاجات جديدة للناس ، ويدفع التاجر إلى رفع سعر
السلعة حتى يراجعه احتمال إعسار المشتري وبخاصة في أوقات الانكماش الاقتصادي : جوسران ٢
فقرة ١٠٢٢ - فقرة ١٠٢٣ .

(١) وقد احتفظ بها بموجب الشرط (clause de reservati domini-pactum reservati
domini) : أنظر استئناف مختلط ٢٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٥ - ٦ فبراير
سنة ١٩١٧ م ص ٢٠٠ - ٥ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ص ٤٨٢ - وقد يشترط البائع -
دون أن يحتفظ بملكية المبيع - ألا يتصرف المشتري في البيع قبل الوفاء بثمنه ، مالم يوفي المشتري
من المشتري بالتثمن (استئناف مختلط ٢ مارس سنة ١٩١١ م ٢٤ ص ٢٠١) .

إلى المشتري ، وتحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعي أيضاً (١). ومن ذلك نرى أن البيع بالتقسيط هو صورة معكوسة لبيع الوفاء ، إذ في بيع الوفاء يكون البائع هو المالك تحت شرط واقف والمشتري مالك تحت شرط فاسخ .

وقبل تحقق الشرط يكون المشتري ، كما قدمنا ، مالكا للمبيع تحت شرط واقف . ولا يمنع من وقف ملكيته أن يكون قد تسلم المبيع ، فالذي انتقل إليه بالتسليم هو حيازة المبيع ، أما الملكية فانتقلت إليه بالبيع ، رقوة . ولكن ذلك لا يمنع المشتري من أن يتصرف في هذه الملكية الموقوفة ، ويكون تصرفه هو أيضاً معلقاً على شرط واقف . فيجوز له أن يتصرف في المبيع بالبيع والرهن ، ويكون المشتري من المشتري مالكا تحت شرط واقف ، كما يكون للمرتهن حق رهن معلق على شرط واقف . وإذا كان المبيع منقولاً - كما هو الغالب - وتصرف فيه المشتري تصرفاً باتاً لمشتري حسن النية لا يعلم أن ملكية المشتري معلقة على شرط واقف ، فقد تملكه المشتري من المشتري تملكاً باتاً بموجب الحيازة (٢).

(١) ويلاحظ أن البيع لو كان باتاً غير معلق على شرط واقف ، وتأخر المشتري عن دفع الثمن ، جاز للبائع أن يطلب فسخ البيع . ولكن هذه الصورة تختلف عن الصورة التي نحن بصددنا في أمرين : (أ) الملكية في البيع البات تنتقل إلى المشتري ملكية باتة ، أما في البيع المعلق على شرط واقف فلا تنتقل إلا معلقة على هذا الشرط . (ب) ثم إن الملكية الباتة التي انتقلت إلى المشتري في البيع البات لا تنسخ من تلقاء نفسها بمجرد عدم وفاء المشتري بالثمن ، بل لابد من حكم بالفسخ ، والقاضي غير مجبر على فسخ البيع بل يجوز أن يمنح المشتري مهلة لدفع الثمن وفقاً للقواعد المقررة في فسخ العقد . أما في البيع المعلق على شرط واقف فجرد تأخر المشتري في الوفاء بالثمن يعتبر تخلفاً للشرط ، فيعتبر البيع كأن لم يكن دون حاجة إلى حكم وفقاً للقواعد المقررة في الشرط .

ولا يوجد ما يمنع من أن البيع ، بدلاً من تعليقه على شرط واقف ، يكون معلقاً على شرط فاسخ هو عدم الوفاء بالثمن . فتنتقل الملكية إلى المشتري معلقة على شرط فاسخ ، وإذا لم يف بالثمن يتحقق الشرط الفاسخ فيزول البيع بأثر رجعي دون حاجة إلى حكم . وهذه الصورة الأخيرة - وهي التي قلنا إنها تشبه ببيع الوفاء فيما قدمناه (أنظر آنفاً فقرة ٨٨ في الهامش) - تختلف عن البيع البات القابل لفسخ في أن إنفاخ البيع فيها يكون من تلقاء نفسه بمجرد تحقق الشرط الفاسخ وفي البيع البات يكون الفسخ بحكم ، وفي أن الذي ينتقل إلى المشتري فيها ملكية معلقة على شرط فاسخ وفي البيع البات تنتقل إلى المشتري ملكية باتة .

(٢) استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٢٢ - يلائيول وريبير وهامل ١٠

فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ .

ولا يعتبر المشتري في هذه الحالة مبدداً، فالتبديد يقتضى قيام عقد معين - الإيجار أو العارية أو الوديعة أو الرهن - وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود (١). ولو أفلس المشتري، والشرط لا يزال معلقاً، كان الباقي من الثمن ديناً في التغطية يزاحم فيه البائع سائر دائي المشتري إذ لا يكون امتياز البائع سارياً في حق التغطية ولا يستطيع البائع من جهة أخرى أن يسرد المبيع من التغطية (٢). فهذان أمران يجريان على غير ما يشتهى البائع : عدم اعتبار المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع، وعدم استطاعة البائع استرداد المبيع عيناً من التغطية.

وإذا تحقق الشرط، ووفى المشتري بالثمن، فقد صار مالكا للمبيع هو وثمراته منذ البداية، وزال عن البائع ملكيته للمبيع بأثر رجعي. أما إذا تخلف الشرط، وتأخر المشتري عن دفع الثمن، فإن ملكية المشتري التي كانت معلقة على شرط واقف تزول بأثر رجعي لعدم تحقق الشرط (٢)، وتعود الملكية بآنة إلى البائع منذ البداية إذ أن البيع يعتبر كأن لم يكن. ولا يحتاج البائع في ذلك إلى حكم بزوال البيع، فإن تخلف الشرط الواقف وحده كاف في ذلك وفقاً للقواعد المقررة

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ - نقض فرنسي جنائي ١٨ أكتوبر سنة ١٩٤٤ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٣٩ - أول يونيو سنة ١٩٣٥ جازيت دي باليه ١٩٣٥ - ٢ - ٣١٥ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ جازيت دي باليه ١٩٢٧ - ١ - ١٢٩ .

ويلاحظ أن المادة ٤٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧، في مصر، قضت بأنه يحظر على المشتري، بدون إذن سابق من البائع، أن يتصرف بأي نوع من أنواع التصرفات في السلعة موضوع التقسيط قبل الوفاء بشئها. ونصت المادة ٤٥ من نفس القانون على العقوبة، وهي الحبس مدة لا تزيد على ثلاثة شهور والغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين. فهذا القانون قد خلق إذن جريمة جديدة هي جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن، ولكن هذه الجريمة لا تكون إلا في البيوع التجارية وبشرط فيها أن تكون حرفة البائع هي البيع بالتقسيط (أنظر الأستاذ إسماعيل غانم ص ٧٤ - ص ٧٥).

(٢) أنظر المادة ٣٤٤ من التفتين التجاري - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٦١ - ٦٢ وقرة ١٨١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٧ ص ٢٥٧ - ص ٢٥٨ - أنسيكلوبيدي دالورز ٣ لفظ location - vente فقرة ٢٨ - فقرة ٣٠ .

(٣) زوال ملكية المشتري لعدم تحقق الشرط الواقف هو التعبير الصحيح، والتعبير في هذا المقام بلفظ - الزوال - أدق من التعبير بلفظ « الفسخ » الذي ورد في الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدني .

في الشرط (١). وللبائع في هذه الحالة أن يطالب المشتري بتعويض ، ويغاب أن

(١) على أنه من الممكن القول بأن البائع بالخيار ، فإما أن يعتبر أن الشرط الواقف قد تخلت
نزاع البيع كما قدمنا ، وإما أن ينفذ على أموال المشتري بالباقي من الثمن ويكون له على المبيع
بالذات حق امتياز البائع . وإمكان اختياره للتنفيذ بباقي الثمن يؤسس على أنه قد نزل عن الشرط
وهو مقرر لمصلحته فيجوز له النزول عنه . وقد يقال أيضاً إن للبائع أن يعتبر تخلت الشرط
الواقف راجعاً إلى تعدد المشتري فقد امتنع عن الوفاء بالثمن ، فيكون الشرط في حكم المتحقق
ويصبح البيع بائناً ويجوز للبائع أن ينفذ الباقي من الثمن .

وتصرح المذكرة الايضاحية بجواز أن يطالب البائع بتنفيذ البيع بدلا من المطالبة بفسخ
(الأدق : بدلا من المطالبة بزواله) فتقول : « وغنى عن البيان أن البائع يستطيع ، بدلا من
المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط » .
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) . والفقه المصري أيضاً يقول بذلك : أنظر الأستاذ
محمد كامل مرسي فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٨٥ ص ١٣٠ -
الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٦١ ص ٨٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١
ص ٢١ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٤٧ .

وعلى هذا الرأي أيضاً سار القضاء . فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للبائع أن يطالب بتنفيذ
البيع مع احتفاظه بشرط استبقاء الملكية (٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦ - ولكن
قانون ٧ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢) . وإذا طلب النسخ لم يحتفظ بما قبض من أقساط
ولكن له أن يطلب تعويضاً يراعى فيه قيمة الشيء وقت استرداده (استئناف مختلط ٧ ديسمبر
سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٢ وقد سبقت الإشارة إليه) ، فإذا حجز على المبيع للتنفيذ بالثمن فقد
نزل عن حقه في استبقاء الملكية (استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٤٦) .
على أن مجرد حصول البائع على حكم بالباقي من الثمن لا يفيد حتماً نزوله عن شرط استبقاء الملكية
(استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢١ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٥
ص ٩٢ - ٦ يونيو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٣١٥) . فإذا اختار تنفيذ الحكم بالباقي من الثمن لم
يجز له الرجوع إلى المطالبة بفسخ البيع (استئناف مختلط ٦ فبراير ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٦) .
ولا يجوز له اتخاذ إجراءات التنفيذ وإجراءات الفسخ في وقت واحد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر
سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٠) . ولكن التنبيه لا يعتبر حتماً نزولاً عن طلب الفسخ ، فللبائع العدول
عن التنبيه بالدفع إلى طلب الفسخ (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٢٨ ص ٢٤٠) .
أما توقيع المحجز فيعتبر نزولاً عن المطالبة بالفسخ (استئناف ٢٣ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨
ص ٢٤٠ وقد سبقت الإشارة إليه .)

أما في فرنسا فيجوز القضاء والفقه ، في الإيجار السائر للبائع ، أن يعدل المستأجر عن الصفقة ،
فيرد الشيء إلى المؤجر ، ويعتبر الأقساط التي دفعها أجرة في مقابل انتفاعه بالشيء ، ولا يستطيع
المؤجر إجباره على المضي في الصفقة ودفع بقية الأقساط ليتحول الإيجار بيماً (نقض مدني فرنسي
أول يولييه سنة ١٩٢٣ - سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٢٦١ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ
location-vente فقرة ١٧) .

يكون قد اشترط في عقد البيع أن يكون التعويض هو احتفاظه بكل أو بعض الأقساط التي يكون قد استوفاهما. ويعتبر هذا الشرط شرطاً جزائياً نسري عليه أحكام الشرط الجزائي، وأهم هذه الأحكام - وهو ما نشير إليه الفقرة الثانية من المادة ٤٣٠ مدني - أنه يجوز للقاضي تخفيضه إذا كان مبالغاً فيه . ويكون مبالغاً فيه إذا كان المشتري قد وفي عدداً كبيراً من الأقساط بحيث يكون احتفاظ البائع بها يزيد كثيراً على الضرر الذي لحقه من جراء عدم استيفائه الباقي من الثمن (١) . ففي هذه الحالة يحكم للقاضي بارجاع بعض هذه الأقساط إلى المشتري ، ويحتفظ البائع من الأقساط التي استوفاهما بما يكفي لتعويضه (٢) .

٩٣ - الإيجار الصار للبيع : وحتى يتجنب البائع المحظورين اللذين أشرنا إليهما - عدم اعتبار المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن وعدم استطاعة البائع استرداد العين من ثقلية المشتري - يعتمد في كثير من الأحيان أن يخفى البيع بالتسبيط تحت ستار عقد الإيجار ، فيسمى البيع إيجاراً . وغرضه من ذلك ألا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد العقد ، حتى هذه الملكية المعلقة على شرط واقف والتي كانت هي المانعة من اعتبار المشتري مبدداً ومن استرداد البائع للمبيع من التناحية . فيصف المتعاقدان العقد بأنه إيجار ، وبصفان

(١) ويبدو أنه مادام التخفيض جائزاً تبعاً لجسامة الضرر ، فإن وجود الضرر نفسه يكون شرطاً لاستحقاق البائع أي جزء من الأقساط المرفوعة ، فإن لم يصبه أي ضرر وجب عليه رد كل الأقساط (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٩ - ص ٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٩ ص ٢٥٩ - ص ٢٦٠) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ونحو المادة أن يشترط البائع ، في حالة عدم سداد الأقساط وفسخ البيع تبعاً لذلك ، أن يستبق الأقساط المدفوعة (وهي جزء من الثمن) على سبيل التعويض . إلا أن المشروع كيف هذا الاتفاق بأنه شرط جزائي ، وأجاز تخفيضه تطبيقاً للقواعد التي قررت في هذا الشأن (م ٣٠٢ فقرة ثانية من المشروع) ، حتى يمنع التصف الذي يقع في هذه الأحوال . فقد يحدث أن البائع يكون قد استوفى أكثر الأقساط ، ثم يفسخ البيع لعدم استيفاء ما بقي منها ، ويحتفظ بكل الأقساط التي استوفاهما ، وفي هذا عنت على المشتري يستطيع القاضي أن يدفعه إذا خفض الشرط الجزائي وقضى بأن يرد للبائع بعض هذه الأقساط . وغنى عن البيان أن البائع يستطيع ، بدلا من المطالبة بفسخ البيع ، أن يطالب بتنفيذ العقد ، فيقتضى من المشتري ما بقي في ذمته من الأقساط » (مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ٤٩) .

أقساط الثمن بأنها هي الأجرة مقسطة ، ثم يتفقان على أنه إذا رضى المشتري بهذه الأقساط انقلب الإيجار بيعاً وانتقلت ملكية المبيع بآته إلى المشتري . وحتى يحكما متر البائع يتفقان في بعض الحالات على أن يزيد الثمن قليلا على مجموع الأقساط ، فتكون الأقساط التي يدفعها المشتري هي أقساط الأجرة لا أقساط الثمن ، فإذا وفاها جميعاً وولى فوق ذلك مبلغاً إضافياً يمثل الثمن انقلب الإيجار بيعاً بآتا .

وبحسب البائع بذلك أنه قد حصن نفسه : (١) فهو أولاً وصف البيع بأنه إيجار ، وسلم العين للمشتري على اعتبار أنه مستأجر ، فإذا تصرف المشتري فيها وهو لا يزال مستأجراً أى قبل الوفاء بالثمن ، فقد ارتكب جريمة التبديد ومن ضمن عقودها الإيجار . (٢) وهو ثانياً قد أمن شر إفلاس المشتري ، إذ لو أفلس وهو لا يزال مستأجراً ، فإن البائع لا يزال مالكا للمبيع ملكية بآته ، فيستطيع أن يسرده من تفضيلة المشتري (١) .

ولكن بالرغم من تذرع المتعاقدين بعقد الإيجار يستران به البيع ، فإن الغرض الذى يرميان إلى تحقيقه واضح . فقد قصدا أن يكون الإيجار عقداً صورياً يستر العقد الحقيقى وهو البيع بالتقسيط ، والمبلغ الإضافى الذى جعله المتعاقدان ثمناً ليس إلا ثمناً رمزياً والتمن الحقيقى إنما هو هذه الأقساط التى بسمياتها أجرة . ومن ثم قضت الفقرة الرابعة من المادة ٤٣٠ مدنى بأن أحكام البيع بالتقسيط تسرى على العقد ، ولو سعى المتعاقدان البيع إيجاراً (٢) . ويترب على ذلك أن الإيجار السائر للبيع يعتبر بيعاً محضاً ، وتسرى عليه أحكام البيع بالتقسيط

(١) أما إذا هلك الشئ بسبب أجنبى فى يد المشتري ، فإنه يهلك من مال البائع . ويستوى فى ذلك أن يعتبر العقد إيجاراً إذ البائع يكون مؤجراً فهو المالك للشئ فيهلك عليه ، أو يعتبر بيعاً معلقاً على شرط واقف إذ الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع ولا يكون لتحقيق الشرط الواقف أثر رجعى وفقاً للقواعد المقررة فى الشرط (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٤ ص ١٧٣ - الأستاذ مصطفى الزرقا فى البيع فى القانون المدنى السورى فقرة ٩١ ص ١٢٩) .

ويلاحظ أنه إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف وهلك المبيع ، فإنه يهلك على البائع ، حتى لو كان قد سلم المبيع إلى المشتري فهلك بعد التسليم . ويتحقق ذلك فى صورتين محليتين : البيع بالتجربة والبيع بالتقسيط .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٤٤ ص ٦٨ و ص ٧٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ٨٥ ص ١٢٩ ، فقرة ١٧ ص ٢٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٥٠ ص ١٢١ - ص ١٢٢ الأستاذ عبد المنعم البهراوى فقرة ٦٤ ص ٩٦ - ص ٩٧ و فقرة ٦٥ - فقرة ٦٦ .

التي تقدم ذكرها (١). وأهمها أن تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري معلقة على شرط

(١) وقد حسم التفتين المدني الجديد كما نرى الخلاف في هذه المسألة بنص صريح . فقد كانت مسألة خلافية في عهد التفتين المدني السابق . فذهب رأى إلى أن العقد إيجار مقترن بشرط فسخ ومصحوب ببيع ملق على شرط واقف (استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٥٠ - ٢٦ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٧٨ - وأنظر في انتقاد هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١ ص ٢٢ - ص ٢٣) . وذهب رأى إلى اعتبار العقد مركباً يهدف إلى غرضين مختلفين في وقت واحد ، نقل الملكية إلى المشتري وتأمين البائع من إفساره ، ولا يمكن الفصل ما بين الغرضين . ون أن تشوه إرادة المتعاقدين ، ومن ثم يكون العقد عقداً غير مسمى (رسالة الأستاذ الشتي فقرة ٦٥ ص ٨٦) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن حقيقة العقد بيع لا إيجار (١١ ديسمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٨٩ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) ، ولكنه بيع احتفظ فيه البائع بالملكية حتى الوفاء بالتأمين (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٠ - ٢٥ يناير ١٩٣١ م ٤٣ ص ١٨٢ - ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٥٢ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٣٠ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٤ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٥٤) . ويجب أن يكون العقد واضحاً في أنه بيع مع احتفاظ البائع بالملكية حتى الوفاء بالتأمين ، فلا يتضمن شروطاً متعارضة (استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٩ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٤٦) ، ولا يستخلص من مجرد أن البائع قد اشترط حلول الباقي من الأقساط إذا تأخر المشتري في دفع قسط (استئناف مختلط ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٢٥ وقد سبقت الإشارة إليه) . ولا يجوز للبائع ، إذا تأخر المشتري في الدفع ، أن يبيع المبيع بدون ترخيص من القضاء ولو كان ذلك مشروطاً في العقد وأن يحتفظ في الوقت ذاته بالأقساط المدفوعة (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٨٢) . وإذا احتفظ البائع بملكية آلة زراعية ، منع ذلك من أن تصبح هذه الآلة عقاراً بالتخصيص في أرض المشتري (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٧) . وللبائع المحتفظ بملكية المبيع ، إذا تأخر المشتري في دفع الأقساط ، أن يجبر على المبيع جزأً استحقاقياً (saisie - revendication) (استئناف مختلط ٢٥ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٦) .

وذهبت محكمة النقض إلى أن تكليف للعقد هل هو بيع أو إيجار يتبع فيه قصد المتعاقدين ، وتستخلص محكمة الموضوع من هذا القصد مستهدية بنصوص العقد . فقضت بأن التكليف القانوني للعقود المصطلح على تسميتها في فرنسا باسم location-vente لا يزال موضع خلاف بين المحاكم والفقهاء ، فإذا اعتبر قاضي الموضوع عقداً من هذا النوع ، مستهدياً في ذلك بنصوص العقد ومستظهراً منها حقيقة قصد المتعاقدين وقت التعاقد بحيث لم يقع منه تحييف لأي نص من نصوصه ولا منسخ لحكم من أحكامه ، بل كل ما فعل إنما هو تغليب لمعنى من المعاني الواردة به على معنى آخر ، فإن محكمة النقض لا تستطيع سوى إقرار ما ذهبت إليه (نقض جنائي ٢١ مايو سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣٥ رقم ٢٠٦) .

واقف من إتمام العقد . وانتقال الملكية إلى المشتري على هذا النحو يترتب عليه أنه إذا رُف المشتري في المبيع قبل الوفاء بالثمن لم يعتبر مبدداً ، وأنه إذا أفلس المشتري (١) لم يستطع البائع أن يسترد المبيع من التفليسة (٢) .

٩٤ - الإيجار المقترن بوعده بالبيع : وقد لا يتحدث المتعاقدان عن بيع أصلاً في عقد الإيجار ، فيصدر العقد على أنه إيجار محض ، ولكنه مقترن بوعده بالبيع من المؤجر إذا أبدى المسأجر رغبته في الشراء خلال مدة الإيجار . ونرى في هذه الحالة تمييز بين فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المتعاقدان بريدان في الحقيقة بيعاً بالتقسيط منذ

(١) لكن إذا حجز دائر المشتري على العين ، فإن البائع يستطيع أن يفتح البيع ، كما أن له حق امتياز على العين يتقدم به على دائي المشتري . أما إذا أعتد البائع مؤجراً ، فإنه يبقى مالكاً للعين ، ويكون الحجز الموقوع من دائي المسأجر حجراً باطلاً (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ location-vente : فقرة ٣٣ - فقرة ٣٤) . فإذا كان دائر المشتري هو مؤجر المكان الذي ونعت فيه العين ، فإن له امتيازاً يسبق امتياز البائع ولو اعتبر هذا البائع مؤجراً ، إذ القاعدة أن مؤجر المكان له امتياز على المنقولات في العين المؤجرة حتى لو كانت هذه المنقولات ملكاً للغير مادام المؤجر حسن النية (أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ location - vente فقرة ٣٥) .

(٢) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وقد حكم المشروع إشكالا بإيراده هذا النص ، فقد جرت العادة أن البيع الذي يبرم على هذا النحو يسميه المتعاقدان إيجاراً إمعاناً من البائع في ضمان حقه ، إذ هو بذلك يسترق الأقساط أجرة لائناً ، وإذا ما تصرف المشتري في المبيع عد هذا منه تبديداً . فأقر المشروع الأمور في نصائها ، وسمى الأشياء بأسمائها حتى لو سميت باسم آخر ، فهذا العقد بيع لا إيجار ، ويعتبر معلقاً على شرط واقف هو صداد الأقساط جميعها ، فإذا ما سددت انتقلت الملكية إلى المشتري منسحبة إلى وقت البيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩ - ص ٥٠) .

أما في فرنسا - حيث لا يوجد نص مماثل للنص الذي أورده التقنين المدني المصري الجديد مقتباً إياه من المادة ٤٤٥ من التقنين المدني الألماني والمادة ٣٣١٠ من المشروع الفرنسي الإيطالي (أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٩) - فيعتبر الإيجار السائر للبيع إيجاراً فيما بين المتعاقدين فيكون المشتري مبدداً إذا تصرف في المبيع قبل الوفاء بالثمن ، ولكنه بالنسبة إلى دائي المشتري يعتبر بيعاً فلا يستطيع البائع أن يسترد المبيع من تفليسة المشتري (أنظر بلازيون وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٩ - بلازيون وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٤٣٥ - فقرة ٢٤٣٦ - أنسيكلوبيدي دالوز ٣ لفظ location - vente فقرة ١٠ - فقرة ٣٥) .

البداية . وآية ذلك أن يجعل المؤجر الوعد بالبيع الصادر منه ممثلاً على شرط وفاء المستأجر بأقساط الإيجار في مواعيدها ، وأن يجعل الثمن في حالة ظهور رغبة المستأجر في الشراء هو أقساط الإيجار وقد يضاف إليها مبلغ ومزى . فو هذا الفرض يكون العقد بيعاً بالتقسيط لإيجاراً ، ويعتبر المشتري مالكا تحت شرط واقف ، فلا يكون مبدداً إذا هو تصرف في البيع قبل الوفاء بالثمن ، ولا يستطيع البائع استرداد المبيع من تقليسة المشتري (١) .

(الفرض الثاني) أن يعقد المعاقدان إيجاراً مجدياً يتكون به وعد بالبيع . فيؤجر المالك داراً أو سيارة لآخر مدة معينة بأجرة مفعم أقساطاً ، وبعد المالك المستأجر في عقد الإيجار بأن يبيع منه الدار أو السيارة إذا هو أبدى رغبته في شرائها في خلال مدة الإيجار . ويكون للعين الموروثة بيعها ثمن حدى مستقل عن أقساط الأجرة ، ويتناسب هذا الثمن مع قيمة العين (٢) ، وتكون الأقساط التي يدفعها المستأجر هي أقساط لأجرة حثبية وليست أقساط الثمن . ففي هذا الفرض يكون العقد إيجاراً لا بيعاً بالتقسيط ، فلا تنقل الملكية من المستأجر ، وإذا تصرف المستأجر في السيارة إلى استأجرها من مبدداً ، وإذا أفلس استرد المؤجر السيارة من تقليسته . فإذا ما أظهر المستأجر رغبته في شراء العين ، انتهى

(١) أنظر عكس ذلك في فرنسا بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٠ ص ٢٦٦ . ولكن أنظر في أن العقد قد يكون بيعاً معلقاً على شرط فاسخ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٥ ص ٥٥٨ - وقد صدرت في فرنسا قوانين مختلفة تنظم بعضاً من هذه البيع : انظر قانون ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ في تنظيم بيع سيارات بالتقسيط ، وقد جعلت أحكامه تسمى على بيع الجرارات الزراعية بموجب قانون ٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ . وأنظر قانون ١٢ مارس سنة ١٩٠٠ في تنظيم بيع الأوراق المالية بالتقسيط ، وقانون ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ في تحريم بيع الأوراق المالية ذات « اليانصيب » (valeurs à lots) بالتقسيط لما تنطوي عليه عادة من استغلال للمشتري ، وجعلت العقوبة في هذا القانون هي عقوبة النصب - وقارن في مصر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٥٧ في شأن بعض البيع التجارية ، وقد خلت جريمة جديدة هي جريمة التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن (أنظر آتياً فقرة ٩٢ في المبحث) .

أنظر في بيع قريب من البيع بالتقسيط هو البيع عن طريق الاشتراك (vente par abonnement) كالاشتراك في الجرائد والمجلات والمياه والغاز والنور ، بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٤٣٨ . (٢) الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٤ ص ٢٢٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧ ص ٢٦ - ص ٢٨ .

عند الإيجار ، وتم عقد بيع ينقل الملكية إلى المشتري من وقت ظهور الرغبة
‘ يستند بأثر رجعي إلى وقت الإيجار . و زال التزام المستأجر بدفع أقساط
‘ جرة ، وحل محله التزام المشتري بدفع الثمن المتفق عليه ، ويكون الثمن
مضموناً بحق امتياز على المبيع .

§ ٥ - البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير

(vente avec faculté d'élire command — avec déclaration
de command — avec élection d'ami)

٩٥ - الصور العملية لهذا البيع : يقع في العمل أن شخصاً يريد شراء
شيء معين ، ولكنه لا يريد أن يظهر نفسه مشترياً ، إما لعدم رغبته في ذبوع
الخبر لسبب خاص به ، وإما لخشيته من أن البائع إذا علم أنه هو المشتري يطلب
ثمناً عالياً لعلمه أنه ، جل ثرى ، أو أن له مصلحة بارزة ، أو حاجة ملحة ،
لإتمام هذه الصفقة . فيعمد من يرغب في الشراء إلى إخفاء اسمه ، ويكلف
صديقاً أو وسيطاً أن يتقدم هو لشراء الشيء على أن يشترط لنفسه حق التقرير
بالشراء عن الغير . ولا تتسع النيابة العادية لهذه الصورة من صور التعامل ،
إذ لو أن الوسيط تقدم وكيلاً عن المشتري لا يكشف اسم الموكل ، والموكل
يريد كتمان اسمه كما قدمنا . كذلك لا يتسع التعاقد بمسخر أو باسم مستعار
prête-nom ، إذ لو تقدم الوسيط للشراء باسمه الشخصي كوسيط مسخر ، لوقع
العقد له هو ، ولاحتاج في نقل ملكية الشيء لمن وسطه في الشراء إلى عقد بيع
جديد برسوم جديدة ، ولا تنتقل الملكية إلى هذا الأخير مثقلة بالحقوق العينية
والتكاليف الآتية من جانب الوسيط . لم يبق إذن إلا أن يشتري الوسيط الشيء
باسمه مع احتفاظه بالحق في أن يقرر في مدة يتفق عليها أنه اشترى لشخص يعلن
اسمه ، ومتى أعلن الاسم وقع البيع مباشرة لهذا الشخص الآخر ، ويعتبر الوسيط
نائباً عنه في الشراء . فإذا لم يعلن الوسيط اسم أحد في المدة المعينة ، بقي البيع
باسمه واعتبر أصيلاً في الشراء لا نائباً .

ويجوز أن يكون للبيع مع حق التقرير بالشراء من الغير صور عملية أخرى .

منها أن شخصاً يعلم بحاجة شخص آخر إلى شراء شيء معين ، ولا ينسج الوقت أو لا تواتى الظروف أن يطلب إليه تفويضاً في شرائه ، فيقدم على شراء الشيء باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم يعرض الصفقة بعد ذلك على الشخص الآخر ، فإن قبلها قرر المشتري أنه اشترى باسم هذا الشخص الآخر ، وإلا استبقى الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أيضاً ألا يكون عند المشتري فكرة واضحة عن شخص آخر يشتري له الصفقة ، فيشتري الصفقة باسمه مع الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ينظر بعد ذلك فقد يجد الشخص الملائم الذي يريد الصفقة فيعلن اسمه ، أو يجد الخير في استبقاء الصفقة لنفسه . ومن صور هذا البيع أخيراً صورة خاصة نص عليها تقنين المرافعات وسيأتي تفصيلها فيما يلي :

ومن ذلك نرى أنه حتى يكون هناك بيع مع التقرير بالشراء عن الغير ، يجب توافر شرطين :

(١) أن يحتفظ المشتري عند الشراء - لا بعده - بحقه في التقرير بالشراء عن الغير (faculté d'élire command) (١) .

(٢) أن يتفق مع البائع على مدة يعلن المشتري في خلالها اسم من اشترى له الصفقة ، فإن لم يفعل بقيت الصفقة له . وتكون هذه المدة في العادة مدة قصيرة ، حتى لا يبقى البائع معلقاً مدة طويلة لا يدرى أبايع للوسيط أم باع لغيره (٢) .

وبجوز أن يكون الاحتفاظ بحق التقرير بالشراء عن الغير في أى بيع ، سواء كان بيعاً بالممارسة أو بيعاً بالمزاد (٣) . ولم يرد فيه نص في التقنين المدني

(١) فيقرر أنه يشتري لنفسه أو لغيره ، وقد يقرر أنه يشتري لنفسه ولغيره وهذا لا يبرره بأن يستبقى لنفسه جزءاً من الصفقة (بودرى وسينيا فقرة ١٧٦ ص ١٧٠) .

ويستثنى من هذا الشرط الصورة الخاصة التي نص عليها تقنين المرافعات كما سنرى .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١٨٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣ .

(٣) بل إن هذا الضرب من التعامل بدأ في المقرد بالمزاد أمام القضاء ، وانتقل منها بعد ذلك إلى المقرد بالممارسة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٢٦ ص ٥٥٨) . وكانت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم قديم لها قد قضت بأن التقرير بالشراء عن الغير لا يجوز إلا في البيوع القضائية استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٩ (٢٠ ص ٢٥) . ولكي يجوز في كل البيوع ، الاختيارية =

المصري ، ولا في التقنين المدني الفرنسي (١) ، وفي مصر تسرى القواعد العامة على هذا العقد (٢) ، فننظر في حكمه قبل التقرير بالشراء عن الغير ، ثم ننظر كيف يكون هذا التقرير ، وما هي الآثار التي تترتب عليه إذا وقع أو إذا لم يقع .

٩٦ - حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير : به عقد البيع صحيحاً

بالشرط المتقدم الذكر . وقبل أن يستعمل المشتري حقه في التقرير بالشراء عن الغير وإعلان اسم هذا الغير ، وفي خلال المدة التي عينت لهذا التقرير ، يكون البيع موصوفاً بالخصوصية الآتية : المشتري للصفقة قد يكون هو الذي تقدم للشراء وقد يكون شخصاً آخر سيعلمه هذا المشتري في الميعاد المحدد . فالمشتري إذن شخص تخيري (٢) ، إذا جاز نقل هذا التعبير المعروف من محل الالتزام إلى طرف الالتزام ، وتعيينه بيد من تقدم للشراء محتفظاً بهذا الحق ، فيكون إما هو ذاته أو يكون شخصاً آخر يعلن اسمه في خلال المدة المتفق عليها . وليس من تقدم للشراء مجبراً ، بطبيعة الحال ، على التقرير بالشراء عن الغير ، فهذا حق احتفظ به لنفسه ، فله أن ينزل عنه ويحتفظ لنفسه بالصفقة (٤) .

= والجبرية ، غير القضائية والقضائية (الأستاذ محمد كامل مرسي فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧ - وانظر : أن الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة المشار إليه إنما يمنع التقرير بالشراء عن الغير في البيوع غير القضائية إذا لم يوجد شرط بذلك في البيع الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٥٥٠ هامش رقم ٣) .

(١) ولكن هناك تشريعات فرنسية قديمة ، صدرت أثناء الثورة الفرنسية ، ذكرت هذا البيع . وكان معروفاً في القانون الفرنسي القديم ، وله تقاليد قديمة ، فنظمت تشريعات الثورة الفرنسية ، واستكمل تنظيمه الفقه والقضاء في فرنسا (بودرى وسينيا فقرة ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢١٣ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٣٢٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ - جوسران ٢ فقرة ١٠٦٢) .

(٢) فيما عدا الصورة الخاصة التي عرض لها تقنين المرافعات في المادة ٦٧٠ وسيأتي ذكرها - وأنظر في جواز التعامل بهذا البيع في مصر جرانجولان فقرة ٧٢٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٥٠٠ ص ٥٥١ .

(٣) أنظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٣٦ ص ٥٥٨ .

(٤) ومن أجل هذا لا يعتبر من تقدم للشراء وكيلًا عادياً ، لأن الوكيل لا يستطيع أن يحتفظ بالصفقة لنفسه ، إذ هي تقع مباشرة لوكله . بل ليس ضرورياً لمن تقدم للشراء ، إذا أراد أن يكون وكيلًا ، أن تكون الوكالة قد صدرت إليه قبل الشراء كما هو شأن الوكيل العادي (بودرى وسينيا فقرة ١٧٥) .

وهو في هذا ليس في حاجة إلى أن يستند بتقرير يبين فيه أنه يحتفظ بالصفقة لنفسه، بل يكفي أن يدع الميعاد المحدد ينقضي دون أن يقرر أنه اشترى لشخص آخر، فيكون هو المشتري على وجه بات.

ويجوز له أن يتصرف في المبيع، فيبيعه أو يرثه أو يرث عليه حق ارتفاق أو حق انتفاع أو غير ذلك، ويحمل تصرفه في هذه الحالة على أنه قرر ضمناً أن يستبقى الصفقة لنفسه، لأنه لا يثقل ذلك إلا إذا كان مالئاً للبيع (١). ولكن أعمال الإدارة - كأن يرمم المبيع أو يوجره أو يودعه - لا يستخلص منها أنه قرر استبقاء الصفقة لنفسه، بل يجوز له أن يقوم بها مع استبقاء الحق في التقرير بالشراء عن الغير، لأن القيام بأعمال الإدارة لا يتنافى مع الاحتفاظ بهذا الحق (٢).

٩٧ - كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير : فإذا لم يرد المشتري أن يستبقى الصفقة لنفسه، فعليه أن يقرر بالشراء عن الغير الذي اشترى له الصفقة.

== وقد قضت محكمة النقض بأن تكليف الملاقة القانونية بين المشتري الذي يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشتري المستر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التي ترتب على هذه الملاقة بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير، غير جار على إطلاقه. فإن بين أحكام الوكالة والأحكام التي يخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التي ترتب عليه تنافراً، فاستناد ملكية المشتري المستر إلى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه إلى المشتري الظاهر قبل البيع، وبقاء العين في ملكية المشتري الظاهر إذا لم يعمل حقه في الاختيار أو إذا أمله بعد الميعاد المتفق عليه، وهي أحكام مقررة في شرط اختيار الغير، كلها تخالف أحكام الوكالة تماماً. ولئن كان الفقه والقضاء في فرنسا قد ذهبا في تبرير إسناد ملكية المشتري المستر إلى العقد الأول، وهو أمر ما يقصد من شرط اختيار الغير، إلى افتراض وكالة المشتري الظاهر عن الغير، إلا أن ذلك ليس إلا مجازاً مقصوداً على حالة ما إذا عمل المشتري حقه في اختيار الغير في الميعاد المتفق عليه مع البائع. أما قبل ذلك، أو إذا لم يعمل هذا الحق، أو إذا أمله بعد هذا الميعاد، فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة (نقض مدني ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٣١٢ - وقد سبق ذكر هذا الحكم آنفاً عند التمييز بين عقد البيع وعقد الوكالة انظر فقرة ١١ في الهامش).

(١) بودري وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٢ هامش رقم ٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٩ ص ٥٤٩.

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٤.

وليس. لهذا التقرير شكل خاص ، فيكفي أن يخطر البائع بأنه يقرر أنه اشترى لشخص معين ويذكر اسم هذا الشخص . ولكن عليه أن يثبت صدور هذا الإخطار منه وفقاً للقواعد العامة ، فإذا كان الثمن يزيد على عشرة جنيهات وجب الإثبات بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فيحسن إذن أن يكون الإخطار بالكتابة ، يكتب مسجلاً أو بانذار على يد محضر ، حتى يتوفر للمشتري وسيلة قوية للإثبات.

ويجب أن يعلم البائع بهذا التقرير في الميعاد المتفق عليه . فإذا انقضى هذا الميعاد ولم يصل إلى علم البائع تقرير من المشتري ، اعتبر البائع أن الصفقة قد وقعت نهائياً للمشتري ، وكان هذا هو المسئول عن التزامات المشتري وله جميع حقوقه ، حتى إذا أعلن المشتري اسم شخص آخر بعد انقضاء المدة ، عد هذا الإعلان منه بيعاً جديداً إذا قبله الشخص الآخر (١).

وإذا أعلن المشتري اسم الشخص الذي اشترى له في الميعاد ، فإذا كان هذا الشخص قد قبل الصفقة من قبل واتفق مع المشتري على أن يتقدم للشراء لحسابه لم يلزم قبول منه آخر . وإذا كان لم يسبق منه قبول للصفقة ، فعند ذلك يجب أن يصدر منه قبول ، لأنه لا يجبر على أن يحل محل المشتري دون قبول منه . لذلك يجوز للبائع ، بعد أن يصله تقرير المشتري بالشراء عن الغير ، أن يطلب من المشتري إثبات قبول هذا الغير للصفقة ، قبولاً سابقاً أو قبولاً لاحقاً . فإذا لم يستطع المشتري إثبات ذلك ، فإن تقريره بالشراء للغير لا ينتج أثراً ، وتقع الصفقة له هو لا للغير (٢) .

وإذا قرر المشتري أنه اشترى لشخص معين على النحو المتقدم الذكر ، وجب أن تقع الصفقة لهذا الشخص المعين بنفس الثمن وببنفس شروط البيع الذي تم . فإن اختلف الثمن أو اختلفت الشروط ، كان التقرير بيعاً جديداً صادراً من المشتري للغير إذا قبله هذا ، ووجب دفع رسوم جديدة ، وتنتقل الملكية فيه

(١) بودري وسينيا فقرة ١٧٧ .

(٢) وإذا صدر قبول من الغير وكان هذا الغير ناقص الأهلية ، ولم تلحق الإجازة قبله فأبطل ، وقعت الصفقة للمشتري الظاهر ، وهناك رأي مرجوح يذهب إلى أن البيع نفسه يبطل (بلانيرول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥٤ هامش رقم ٢ — الأستاذ محمد كامل مرمي فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥) .

من المشتري إلى الغير مثقلة بجميع التكاليف الآتية من جانب المشتري (١).
وقد يعلن المشتري ، لا شخصاً واحداً تقع له الصفقة ، بل شخصين
أو أكثر ، فتقع الصفقة هؤلاء الأشخاص المتعددين (٢). وقد يستبقى جزءاً من
الصفقة لنفسه ، ويعلن اسم شخص آخر يقع له الباقي من الصفقة (٣).

٩٨ - **حكم البيع بصر التقرير بالشراء من الغير** : فإذا قرر المشتري
أنه اشترى للغير ، وقعت الصفقة لهذا الغير كما سبق القول ، واعتبر أنه هو
المشتري مباشرة من البائع ، وأن المشتري الظاهر لم يكن إلا وكيله عنه (٤)،
ولا تتقاضى إلا رسوم واحدة إذ لا يوجد إلا بيع واحد .

ومن ثم يكون للشخص الذي أعلن اسمه جميع حقوق المشتري بطالب بها
البائع مباشرة ، لأنه اشترى منه عن طريق نائب عنه هو المشتري الظاهر . فيجوز
للمشتري الحقيقي أن يطالب البائع بنقل ملكية المبيع إليه وبتسليمه إياه ، ويرجع
عليه مباشرة بضمان الاستحقاق وبضمان العيوب الخفية وبجميع الحقوق التي تكون
للبائع بموجب هذا البيع الذي أبرم بين البائع والمشتري الظاهر .
كذلك يكون على الشخص الذي أعلن اسمه جميع التزامات المشتري

(١) بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - بلانيول وريبير وعامل : فقرة ١١٤ ص ٢٥٤ .
(٢) ولكل من هؤلاء الأشخاص المتعددين الحصة التي أعلنها المشتري ، فإذا لم يعلن هذا حصة
كل منهم فالمفروض أن حصصهم متساوية . ويشترط في ذلك ألا يختلف الثمن أو الشروط كما
قدمنا ، فإذا أعلن المشتري أن كلا من الأشخاص المتعددين يتحمل جزءاً معيناً من الثمن ، وجب
أن يكون مجموع ما يدفعونه جميعاً معادلاً للثمن الأصلي دون زيادة أو نقصان ، وإلا اعتبر التقرير
بيعاً جديداً كما سبق القول (بودري وسينيا فقرة ١٧٩ ص ١٧١ - ص ١٧٢ - بلانيول
وريبير وعامل ١٠ فقرة ٢١٥ ص ٢٥٤) .

(٣) فإذا أعلن المشتري مثلاً أنه اشترى المبيع نصفه لنفسه ونصفه لشخص آخر ، انقسم الثمن
عليهما مناصفة ، واعتبر كل منهما مشترياً للنصف من البائع مباشرة (بودري وسينيا فقرة ١٧٩
ص ١٧٢) .

ويجوز لمن تقدم للشراء أن يتقاضى من اشترى له أجره عن الخدمة التي أسداها إياه ، وللقاضي
التثبت من أن هذه الأجرة ليست في حقيقتها زيادة في الثمن الأصلي (بلانيول وريبير وعامل ١٠
فقرة ٢١٤ ص ٢٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرمي فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٥) .

(٤) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٣٠ .

فللبائع أن يطالبه مباشرة بالثمن والفوائد والمصروفات . وليس للبائع أن يرجع على المشتري الظاهر بشيء من ذلك . وإذا كان المشتري الظاهر قد دفع عند التعاقد الثمن للبائع ، كان على المشتري الحقيقي أن يرده للمشتري الظاهر ، ولكن دون أن يكون للمشتري الظاهر حق امتياز على المبيع ، فإنه يرجع على المشتري الحقيقي بالثمن إما بدعوى الوكالة إذا كان متفقاً معه على أن يدفع الثمن عنه ، وإما بدعوى الإثراء بلا سبب إذا لم يكن متفقاً معه على ذلك . وليس هو بائعاً للمشتري حتى يكون له امتياز بالثمن ، فقد قدمنا أن المشتري الحقيقي يعتبر مشترياً مباشرة من البائع دون توسط المشتري الظاهر الذي لم يكن في هذا البيع إلا نائباً عنه . ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري الظاهر يلتزم شخصياً بدفع الثمن للبائع ، ويعتبر في هذه الحالة كفيلاً للمشتري بالثمن . ولا تعارض بين صفته هذه ككفيل وصفته كنائب في الشراء ، فإن الوكيل بالشراء قد يكون كفيلاً بالثمن للموكل (١) .

ويترتب على أن البيع يعتبر صادراً مباشرة من البائع إلى المشتري الحقيقي وأن المشتري الظاهر يعتبر وكيلاً بالشراء عن المشتري الحقيقي ، أنه إذا أخذ أحد دائني المشتري الظاهر اختصاصاً على العقار المبيع في المدة السابقة على التقرير بالشراء ، سقط حق الاختصاص هذا لوقوعه على عقار غير مملوك للمدين (٢) . أما إذا رتب المشتري الظاهر بنفسه على المبيع حقوقاً عينية أو تكاليف ، كرهن أو حق ارتفاق أو حق انتفاع ، فقد قدمنا أن هذا يعتبر منه نزولاً ضمنياً عن حقه في التقرير بالشراء عن الغير فتستقر الصفقة له . وإذا أخذ شفيع العقار المبيع بالشفعة ، لم يؤثر في الأخذ بالشفعة أن تستقر الصفقة للمشتري الظاهر أو أن يقرر هذا أنه اشترى لشخص آخر ، ففي الحالتين تصح الشفعة لأن العبرة فيها بالعقار المشفوع فيه ولا يعتد بشخص المشتري (٣) .

(١) بودرى وسينيا فترة ١٧٩ ص ١٧٢ وفقرة ١٨١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٤ ص ٢٥٣ .

(٢) بودرى وسينيا فترة ١٨٢ ص ١٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٢١٤ ص ٢٥٢ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض في الحكم السابق الإشارة إليه بأن الشفعة في العقار المبيع بشرط اختبار الغير تخضع لأحكام هذا النوع من البيوع ، تكملها ونحذف منها أحكام الشفعة . وحاصل =

٩٩ - صورة خاصة - تقرير الراسى عليه المزاد الصراء عن الفبر:

وتوجد صورة خاصة للبيع مع التقرير بالشراء عن الفبر ، أوردتها تقنين المرافعات فى المادة ٦٧٠ منه على الوجه الآتى : « يجوز للرأسى عليه المزاد أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع ، أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، إذا وافقه على ذلك كل من الموكل والكفيل عند الاقتضاء ، وبهذا يبرأ الوكيل وتعتبر كماله عن الموكل (١) » . وهذه الصورة تتميز بالخصوصيات الآتية :

١ - ليس واجباً فيها أن يشترط من يتقدم للمزايدة أنه يشترى مع الاحتفاظ

== ما اتفق عليه الرأى فى أحكام البيع على شرط اختيار الغير أن عند البيع يظل قائماً نافذاً فى حق المشتري الظاهر إلى أن يعمل حقه فى اختيار الغير . وإذا كان إعمال هذا الاختيار يستند شراء من يختاره إلى عقد البيع الأول ومن تاريخ انعقاده فيرتب له قبل البائع نفس الحقوق المقررة فى عقد البيع المذكور ، فانه يكسبه أيضاً حقراً قبل المشتري الظاهر إذ يحل محله فى بيع الحقوق والالتزامات المترتبة على عقد شرائه والتي كانت تظل متعلقة به لئلا لم يعمل حقه فى الاختيار . ولما كان مقراً بالمادة ١٢ من قانون الشفعة (السابق) أن الشفع لا يحاج بأى حق اكتسبه الغير ضد المشتري بعد تسجيل إنذار الشفعة ، فانه إذا كان إنذار الشفعة قد سجل قبل الإصدار المدلى للشفيع الذى ثبت به تاريخ الاتفاق الذى عقد بين المشتري الأول وبين من أدخلهم معه فى الشراء الذى قال فيه هذا المشتري أنه تنازل لهم عن بعض العقار المسع له وهو ما يعتبرونه إعمالاً لحق اختيار الغير ، كان الحكم الذى يقضى بعدم جواز الاحتجاج على الشفع بما ترتب على هذا الاختيار من حقوق لمن أدخلوا فى الشراء ، وبالتالي عدم سقوط حقه فى الشفعة لإدخالهم فى الدعوى بعد الميعاد المقرر فى القانون ، حكماً قائماً على أساس قانونى صحيح لا يؤثر فى صحته ما ذكرناه قد اعتوره من تفسيرات أخرى مخالفة للقانون . والمفاضلة فى حق الشفعة بين المشتريين الذين أدخلهم المشفوع منه بحق اختيار الغير وبين من شفع منه لا تجوز ، إذ الحقوق التى آلت إليهم بأعمال المشفوع منه لحق اختيار الغير بعد تسجيل إنذار الشفعة لا تسرى على الشفع . فلا يحاج الشفع بشرائهم ، ولا يعتبرون بالنسبة إليه مشتريين مشفوعاً منهم بحق لهم دفع دعواه بأنهم أولى منه بالشفعة (نقض مدنى ٩ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٨١ ص ٢١٢) .

(١) وقد كانت المادة ٥٧٦/٦٥٨ من تقنين المرافعات السابق تنص على أنه « يجوز للمشتري أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة ، فى اليوم التالى ليوم البيع (فى التقنين المختلط فى ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع) ، أنه اشترى بطريق التوكيل عن شخص معين ، إذا وافقه على ذلك كل من الموكل والكفيل ، وبذلك يخلص سبيله وتعتبر الكفانة عن الموكل » .

هذا ويشترط ألا يكون الموكل من الأشخاص المنوعين من التمتع بمزايدة ، حتى لا يكون هناك تعارض على القانون (الأستاذ رمزى سيف فى التفسير فقرة ٤٣٠ - الأستاذ محمد كامل مرمى فقرة ٢٨٦ ص ٥٤٧) .

حقه في التقرير بالشراء عن الغير ، بل ولا يشترط أن يرد الاحتفاظ بهذا الحق في قائمة شروط البيع . ذلك أن هذا الحق يجعله القانون لكل راس عليه المزااد في بيع جبرى دون شرط خاص بذلك .

٢ - المدة التي يجب فيها التقرير بالشراء عن الغير محددة في القانون ، وهي ثلاثة أيام من يوم وقوع البيع ورسو المزااد على المشتري .

٣ - التقرير بالشراء عن الغير له شكل خاص بينه القانون ، فيكون بتقرير في قلم كتاب المحكمة ، ومن ثم لا يجوز أن يكون باخطار ولو مكتوب أو مسجل أو على يد محضر ، فالمل يمكن بتقرير في قلم كتاب المحكمة فانه لا ينتج أثراً .

فاذا روعيت هذه الخصوصيات الثلاث ، سرت على الصورة التي نحن بصددھا الأحكام الأخرى التي قلناھا . فاذا لم يقرر الراسى عليه المزااد في قلم كتاب المحكمة في الثلاثة الأيام التالية لرسو المزااد أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين ، وقعت الصفقة له على وجه بات . أما إذا قرر ذلك ، ووافق على تقريره الموكل - وإذا كان للرأسى عليه المزااد كفيل وجب أيضاً أن يقبل الكفيل كفاله للموكل فتسقط كفايته للتوكيل - اعتبر الموكل هو الرأسى عليه المزااد وأن من رما عليه المزااد فعلاً لم يكن إلا وكيلاً عنه . ووقعت الصفقة مباشرة للموكل دون الوكيل ، وأصبح للأول دون الثاني كل حقوق الرأسى عليه المزااد ، وعليه كل التزاماته .

الفرع الثاني

المحل في عقد البيع

١٠٠ - **لبيع محموم** : المحل في واقع الأمر ركن في الإلزام لا في

العقد . ولما كان البيع عقداً ملزماً للجانبين ، فانه ينشئ التزامات في جانب البائع محلوها هو المبيع ، وينشئ التزامات مقابلة في جانب المشتري محلها الرئيسي هو الثمن (١) ، لذلك يكون للبيع محلان رئيسيان هما المبيع والثمن .

(١) وقد يكون محل التزامات المشتري غير الثمن ، فالمشتري ملتزم أيضاً بدفع مصروفات البيع وبسلم المبيع ، فحل المبيع الأول هو المصروفات ، ومحل الإلزام الثاني هو المبيع .

المبحث الأول

المبيع

١٠١ - الشروط الواجب توافرها في المبيع : يجب أن يتوافر

في المبيع (١) الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام بوجه عام ، وهي أن يكون المبيع موجوداً ، ومعيناً أو قابلاً للتعيين ، وصالحاً للتعامل فيه . ويضاف إلى هذه الشروط أن يكون المبيع مملوكاً للبائع .

فنبحث إذن (١) وجود المبيع (٢) تعيين المبيع (٣) صلاحية المبيع للتعامل فيه (٤) ملكية البائع للمبيع .

المطلب الأول

وجود المبيع

١٠٢ - معنى الوجود : قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن

المحل يجب أن يكون موجوداً ، والمعنى المقصود بالوجود هو أن يكون المبيع موجوداً وقت انعقاد البيع أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك . فإذا كان المبيع

(١) المبيع ليس هو الشيء ذاته ، بل هو الحق فيه . فتباع الدار أى بيع حق الملكية في الدار ، وقد يباع حق ارتفاق على الدار أو حق انتفاع فيها . على أن المؤلف ، إذا كان المبيع هو حق الملكية في الدار ، أن يقال تباع الدار دون أن يذكر حق الملكية . فإذا كان المبيع حقاً دون حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق شخصي ، فذكر الحق المبيع بالذات . وقد يكون المبيع حقاً معنوياً ، كحق المؤلف ، وتنص المادة ٨٦ مدني على أن « الحقوق التي ترد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » . وقد صدرت فعلاً قوانين خاصة تتعلق بحق المؤلف والبراءات والاسم التجاري ونحو ذلك .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٥

غير موجود أصلاً ولا يمكن وجوده في المستقبل ، فالبيع باطل (١) . وإذا وجد المبيع ثم هلك قبل البيع ، فالبيع يكون أيضاً باطلاً . أما إذا كان المبيع موجوداً وقت البيع ولكنه هلك قبل التسليم ، فالبيع ينسخ على التفصيل الذي سنورده في مكانه .

وقد يقصد المتبايعان أن يقع البيع على شيء موجود فعلاً لا على شيء ممكن الوجود . ففي هذه الحالة إذا كان المبيع غير موجود وقت البيع ، حتى لو أمكن وجوده في المستقبل ، كان البيع باطلاً . فإذا لم يقصد المتبايعان أن يتبايعا شيئاً موجوداً فعلاً وقت البيع ، جاز كما قدمنا أن يقع البيع على شيء يوجد في المستقبل ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٣١ مدني على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً (٢) ، فيجوز بيع الأشياء المستقبلية ، كالمحصولات قبل أن تثبت ، بثمن مقدّر بسمرة الوحدة أو مقدّر جزافاً (٣) . ويصح أن يبيع شخص من آخر منزلاً لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء ، فهذا بيع شيء مستقبل محقق الوجود . وقد يكون الشيء المستقبلي محتمل الوجود ، كما إذا باع شخص نتاج ماشية ، فالنتاج قد يوجد وقد لا يوجد ، والبيع هنا

(١) ومن ذلك بيع أسهم الشركات الباطلة ، فهي أسهم لا وجود لها ويكون بيعها باطلاً . وكذلك أسهم الشركات التي يحكم بطلانها ، فهي بعد الحكم بالبطلان تعتبر غير موجودة منذ البداية ، فبيعها باطل . وهناك رأي يذهب إلى أن الشركة الباطلة هي شركة واقعية ، فلاسهمها وجود فعلي ، وبيعها صحيح ، ولكن يرجع المشتري على البائع بضمان العيب الخفي ، وهذا ما لم يحكم ببطلان الشركة لانعدام محلها أو لعدم مشروعيتها (دي باج : فقرة ٧٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٦٣) . وبهذا الرأي الأخير أخذ القضاء الفرنسي (بيدان ١١ فقرة ٧٦) .

(٢) انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢١٦ .

(٣) وقد كان التقنين المدني المختلط (م ٣٣٠) يحرم بيع أثمار الشجر قبل انعقادها والزرع قبل نباته ، ولم يرد في التقنين المدني الوطني السابق نص مماثل فكان بيع المحصولات المستقبلية جائزاً ولو بثمن مقدّر جزافاً . وجاء التقنين المدني الجديد (م ١٣١) مؤيداً للتقنين المدني الوطني السابق ، يحيز بيع المحصولات المستقبلية . وقد قضت محكمة النقض بأن بيع المحاصيل المستقبلية قبل نباتها في ظل القانون المدني القديم صحيح ، وذلك أنه لم يرد فيه نص بتحريمه كما جاء بالقانون المدني المختلط (م ٣٣٠) . وقد قضى القانون المدني الجديد في المادة ١٣١ منه على ما كان من خلاف في هذا الشأن بين القانونين الوطني والمختلط (نقض مدني ٣٠ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض : رقم ١٤٦ ص ٩٦٣) .

معلقاً على شرط واقف يتحقق إذا وجد التاج (١) .

وبيع الشيء المستقبل كثير الوقوع في التعامل ، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعات دون أن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محصولات أرضه قبل نباتها ، كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفه قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . ويبيع مقاول الحق الذي له في مقابلة لم ترس عليه بعد . فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة . وهذا يقرب من بيع السلم المعروف في الفقه الإسلامي .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبل رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . وقد يحرم جميع ضروب التعامل في شيء خاص من المال المستقبل ، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلية (٢) .

وقد يقيد التباع في شيء محتمل الوجود ، كما فعل في بيع الحقوق المتنازع فيها ، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد ، ومن ثم وضع المشرع قيوداً على بيعها .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الأشياء المستقبلية نوعان . الأول يحازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع الغرر ، كبيع أوراق اليانصيب أو بيع العمارة ضربة شبكته . والثاني يحازف فيه المشتري في قدر المبيع وكيفية فقط ، كشرائه الفحم الذي ينتج من قاطرات السكك الحديدية في مدة متغلة ومنطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً ، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد . وحكم النوع الثاني أن يكون معلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل مهما كان مقداره . ويشترط في النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكاً رهن ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها (استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١) . وقضت أيضاً بأن البيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً ، لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧) .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٢١٧ . وسنرى تعاملاً في تركة مستقبلية أن يعلن الوارث حوالة ما للتركة من ديون في يوم وفاة المورث بالذات ، إذا ثبت أن الحوالة كانت معدة ومفضة قبل وفاته ولا ينقصها إلا التاريخ (أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ *cession de droits successoraux* فقرة ٣٩) .

ونستقي للبحث من كل هذا مسألتين : (١) بيع الحقوق المتنازع فيها
(٢) البيع المعروف في الفقه الإسلامي بالسلم .

١٥ - بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣ - التمييز بين حالتين - الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود ،
وهو بهذا الوصف يجوز بيعه . والبيع يصبح في هذه الحالة عقداً احتمالياً
(contrat aléatoire) ، فان ثبت الحق المبيع للبائع انتقل المشتري بعقد البيع ،
وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشتري . فالمشتري الذي يقدم على
شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن .
ويجب ، في بيع الحق المتنازع فيه ، أن نميز بين حالتين : (١) بيع الحق
لغير عمال القضاء (٢) بيعه لعمال القضاء . ولكل من الحالتين حكم يختلف عن
حكم الحالة الأخرى .

١ - بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

حق الاسترداد (retrait litigieux)

١٠٤ - النصوص القانونية - تنص المادة ٤٦٩ من التقنين المدني
على ما يأتي :

١ - إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص
آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هورد إلى المتنازل له الثمن
الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع .

٢ - ويعتبر الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام
في شأنه نزاع جدي .

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتي :

٣ - تسري أحكام المادة السابقة على ما يأتي :

معلقاً على شرط واقف يتحقق إذا وجد التاج (١) .

وبيع الشيء المستقبل كثير الوقوع في التعامل ، فكثيراً ما يقع أن يبيع صاحب المصنع مقداراً معيناً من مصنوعات دون أن يكون قد أتم صنعها ، بل لعله لا يكون قد بدأ في ذلك . وقد يبيع مزارع محاصيل أرضه قبل نباتها ، كما رأينا . ويبيع مؤلف مؤلفته قبل أن يتمه ، بل قبل أن يبدأه . ويبيع مقاول الحق الذي له في مقابلة لم ترس عليه بعد . فهذه كلها عقود واقعة على شيء مستقبل ، وهي صحيحة . وهذا يترب من بيع السلم المعروف في الفقه الإسلامي .

على أن القانون قد يحرم لأعتبارات خاصة ضرورياً من التعامل في الشيء المستقبل ، كما فعل عندما حرم رهن المال المستقبل رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً . وقد يحرم جميع ضروب التعامل في شيء خاص من المال المستقبل ، كما فعل عندما حرم التعامل في التركة المستقبلية (٢) .

وقد يقيد التباع في شيء محتمل الوجود ، كما فعل في بيع الحقوق المتنازع فيها ، فهذه حقوق قد توجد وقد لا توجد ، ومن ثم وضع المشرع قيوداً على بيعها .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الأشياء المستقبلية نوعان : الأول يجازف فيه المشتري في وجود المبيع نفسه وهو ما يسمى بيع الغرر ، كبيع أوراق اليانصيب أو بيع الصياد ضربة شبكته . والثاني يجازف فيه المشتري في قدر المبيع وكميته فقط ، كشرائه الفحم الذي ينتج من قاطرات السكك الحديدية في مدة مستقبلية ومنطقة معينة . وحكم النوع الأول أنه ينفذ منجزاً ، ويجب على المشتري أداء الثمن مهما كانت النتيجة وجد المبيع أو لم يوجد . وحكم النوع الثاني أن يكون معلقاً على شرط واقف هو وجود المبيع في المستقبل مهما كان مقداره . ويشترط في النوعين أن يكون وجود المبيع أو عدم وجوده متروكاً رهن ظروف لا دخل لأحد المتعاقدين فيها (استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ٨١) . وقضت أيضاً بأن البيع بسعر الوحدة ليس احتمالياً ، لأن كلا من البائع والمشتري يعلم وقت العقد ما أعطى كما يعلم ما أخذ (استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٥٠ رقم ١١٧) .

(٢) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة ٢١٧ . ويستر تعاملاً في تركة مستقبلية أن يعلن الوارث حوالة ما للتركة من ديون في يوم وفاة المورث بالذات ، إذا ثبت أن الحوالة كانت معدة ومضاة قبل وفاته ولا ينتصها إلا التاويخ (أنسيكلوبيدى دالوز ١ لفظ *cession de droits successoraux* فقرة ٢٩) .

ونستقي للبحث من كل هذا مسألتين : (١) بيع الحقوق المتنازع فيها
(٢) البيع المعروف في الفقه الإسلامي بالسلم .

١٩ - بيع الحقوق المتنازع فيها

١٠٣ - التمييز بين حالتين - الحق المتنازع فيه حق محتمل الوجود ،
وهو بهذا الوصف يجوز بيعه . والبيع يصبح في هذه الحالة عقداً احتمالياً
(contrat aléatoire) ، فان ثبت الحق المبيع للبائع انتقل المشتري بعقد البيع ،
وإن لم يثبت فقد ضاع على كل من البائع والمشتري . فالمشتري الذي يقدم على
شراء حق متنازع فيه إنما يخاطر بما يبذله فيه من الثمن .

ويجب ، في بيع الحق المتنازع فيه ، أن نميز بين حالتين : (١) بيع الحق
لغير عمال القضاء (٢) بيعه لعمال القضاء . ولكل من الحالتين حكم يختلف عن
حكم الحالة الأخرى .

١ - بيع الحقوق المتنازع فيها لغير عمال القضاء

حق الاسترداد (retrait litigieux)

١٠٤ - النص صريحاً - تنص المادة ٤٦٩ من التقنين المدني
على ما يأتي :

« ١ - إذا كان الحق المتنازع فيه قد نزل عنه صاحبه بمقابل إلى شخص
آخر ، فللمتنازل ضده أن يتخلص من المطالبة إذا هو رد إلى المتنازل له الثمن
الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع » .

« ٢ - ويعتبر الحق متنازلاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام
في شأنه نزاع جدي » .

وتنص المادة ٤٧٠ على ما يأتي :

« لا تسري أحكام المادة السابقة على ما يأتي » :

« (أ) إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال يمت جزافاً
بشئ واحد » .

« (ب) إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك وباع أحدهم
نصيبه من الآخر » .

« (ج) إذا نزل المدين للدائن من حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق في ذمته »

« (د) إذا كان الحق المتنازع فيه بثقل عقاراً وبيع الحق لحائز العقار » (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٣٥٣ - ٣٥٥ /
٤٤١ - ٤٤٣ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٩ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٥ من المشروع التمهيدي بفروق لفظية . وفي
لجنة المراجعة زالت هذه الفروق ، وأضيف لفظ « بمقابل » بعد عبارة « قد نزل عنه صاحبه »
لإخراج حالات التبرع من نطاق الحكم ، وأصبحت المادة رقمها ٤٩٦ في المشروع النهائي .
ووافق عليها مجلس النواب ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية :
ص ١٩٥ - ١٩٧) .

م ٤٧٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٦ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع
ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، هذا فروعاً لفظية طفيفة زالت في لجنة المراجعة ،
وأصبحت المادة رقمها ٤٩٧ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ
تحت رقم ٤٧٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٩٨ - ١٩٩) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٥٣ - ٤٤١ : إذا باع شخص مجرد دعوى بدين أو مجرد
حق ، فلا يكون مسئولاً عن وجود الدين ولا عن وجود ذلك الحق .

م ٤٤٢/٣٥٤ : إذا بيع مجرد دعوى بدين أو بحق على الوجه المبين في المادة السابقة ، أو
كان أصل الدين متنازلاً فيه ، جاز للمدين أن يتخلص من الدين المبيع بنفسه للمشتري الثمن
الحقيق الذي اشترى به وفوائده والمصاريف المنصرفة .

م ٤٤٣/٣٥٥ : ولا تتبع هذه القاعدة في حالة ما إذا باع أحد الورثة نصيبه في الشركة إلى
شريكه ، أو باع أحد الشركاء نصيبه في الدين إلى شريكه ، أو أسقط المدين لدائنه شيئاً في مقابلة
دينه ، أو اشترى مشتر حقاً متنازلاً فيه من أجل حصول دعوى .

وأحكام التقنين السابق تنطبق مع أحكام التقنين الجديد ، إلا أن التقنين السابق كان على قدر
من الضموض في إيراد الحالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية ، ولم يورد أصلاً الحالة الأولى من
هذه الحالات وهي حالة بيع الحق المتنازع فيه إذا كان داخلاً ضمن مجموعة أموال يمت جزافاً
بشئ واحد ، وهو بعد ذلك يوم من سياق عبارته أن الحق المتنازع فيه لا يكون إلا حقاً
شخصياً : انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٠٤ .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤٣٧ - ٤٣٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٥٨ - ٤٥٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٩٣ - ٥٩٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٢٨١/١١٢ .

وبمخلص من النصوص المقدمة الذكر أن بيع الحق المتنازع ينقل الحق كما هو - متنازعا فيه - إلى المشتري . والمشتري هو الذي يتحمل تبعه متصرف النزاع في شأن الحق ، فاما أن يثبت الحق للبائع فيثبت للمشتري كخلف له . وإما ألا يثبت فلا ينتقل إلى المشتري شيء كما سبق القول . فالبائع إذا باع حقاً متنازعا فيه لا يضمن للمشتري وجود هذا الحق (٢) ، وإنما هو يبيع مجرد إدعاء . ومن ثم يراعى في تقدير ثمن هذا الادعاء أن يكون متناسبا مع قوته ، فيكثر أو يقل تبعاً لقوة الادعاء أو ضعفه . وهو على كل حال يكون دون قيمة الحق ذاته إذ لا بد أن المشتري يدخل في حسابه احتمال الخسارة فينزل من قيمة الحق ما يقابل هذا الاحتمال . لذلك كان المشتري لحن متنازع مضارباً يأمل الكسب .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري ٤٣٧ - ٤٣٨ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدني المصري ، فيما عدا المادة ٤٣٨ - سوري لم توجد الحالة الأخيرة من الحالات الاستثنائية : أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٩) .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٨ - ٤٥٩ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٩٣ - ٥٩٤ (مطابقتان للمادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ من التقنين المدني المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٥٤ - فقرة ٣٦١ - تاذ عباس حسن الصواف ص ٦٠٥ - ص ٦٢٥) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٢/٢٨١ : يصح التفرغ عن حق متنازع عليه أقيمت دعوى الأساس في شأنه بشرط أن يرضى المديون الذي تفرغ الدائن عن دينه . وتبقى مفاعيل هذا التفرغ - سعة من حيث الصلاحية لأحكام المادة الثالثة من القانون الصادر في ١٧ شباط سنة ١٩٢٨ . على أنه لا يمكن التخلص من التفرغ له حين يكون لديه سبب مشروع في إحرازه الحقوق المتنازع عليها ، كأن يكون وارثاً مع المتفرغ أو شريكاً له في ملك أو دائناً له . (والتقنين اللبناني أقرب إلى التقنين الفرنسي منه إلى التقنين المصري) .

(٢) نقض مدني ١٥ يناير سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٦ ص ٥١٧ .

فواجه القانون هذا الوضع بما يلائمه، وأنجاز لمن عليه الحق المتنازع فيه أن يسترده من المشتري بدفع الثمن - وهو كما قدمنا أقل من قيمة الحق - مع المصروفات والشوائب. أما في الحالات الاستثنائية التي تنشأ فيها فكرة المضاربة، فقد منع القانون حق الاسترداد (١).

فنبعث إذن : (١) متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه (٢) وكيف يكون الاسترداد (٣) والآثار التي تترتب على الاسترداد (٤) والحالات الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد.

١٠٥ - متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه : ويؤخذ من نص

المادة ٤٦٩ مدني أنه يجب توافر شرطين حتى يجوز الاسترداد : (١) أن يكون الحق المسترد حقاً متنازِعاً فيه (٢) وأن يكون قد نزل عنه صاحبه بمقابل.

فيجب أولاً أن يكون الحق المسترد حقاً متنازِعاً فيه. وتقول الفقرة الثانية من المادة ٤٦٩ مدني إنه « يعتبر الحق متنازِعاً فيه إذا كان موضوعه قد رفعت به دعوى أو قام في شأنه نزاع جدي ». فليس من الضروري إذن أن تكون هناك دعوى مرفوعة بالحق حتى يكون الحق متنازِعاً فيه، وبكفي أن يقوم في شأنه

(١) ويذهب بودري وسينيا إلى أن فكرة المضاربة لا تكفي وحدها لتبرير حق الاسترداد من المضارب، فالمضاربة ليست في ذاتها شراً محضاً حتى ينتصب القانون لمحاربتها. وإذا كانت المضاربة في بعض الحالات تنطوي على استغلال وتعمف، فهي في حالات أخرى ينتج عنها الخير. إذ يقع أن صاحب الحق المتنازع فيه لا يكون عنده من الوسائل ما يحصل به على حقه فيه، لمن هو أقدر منه على ذلك، فيحصل إلى الكثير من حقه وكان يفقده لولا هذه المضاربة. وإنما يبرر حق الاسترداد مصلحة اجتماعية أعلى من الضرب على أيدي المراءين، هي وضع حد للنزاعات والقضايا. فإن الحق المتنازع فيه إذا استرده المدين عن اشتراء فقد وضع بذلك حداً للنزاع وحسم الخصومة، ولم يخد المشتري شيئاً فقد استرد مادفعه، والقانون ينشد دائماً فض النزاعات أو تقليلها بقدر الإمكان (بودري وسينيا فقرة ٩١٤ ص ٩٣٤).

وإذا استرد المدين الحق المتنازع فيه بدفع ثمنه للمشتري، فإن الأمر يؤول إلى وضع شبه بما إذا تصالح صاحب الحق مع مدينه على أن يأخذ منه مبلغاً أقل من قيمة الحق، وهذا المبلغ هو الذي ارتضاه صاحب الحق عندما باع به حقه. فكان المدين دفع لصاحب الحق - بمثل المشتري خلفه - القيمة التي ارتضاها صاحب الحق نفسه، وذلك لفض النزاع. فالأمر في صورة استرداد، وفي حقيقته ضرب من الصلح.

نزاع جدى (١) . وليس من الضروري أيضاً أن يكون الحق الذى رفعت به دعوى يكون حقاً متنازعا فيه ، فقد لا يمس النزاع فى الدعوى موضوع الحق نفسه بل يتناول مسائل شكلية فى الإجراءات كعدم صحة الإعلان أو عدم توافر الصفة أو نحو ذلك (٢) ، والحق حتى يكون متنازعا فيه يجب أن يقوم النزاع فى موضوعه بالذات (٣) . وقد ترفع بالحق دعوى تنتهى إلى حكم ابتدائى ، فإدام الحكم غير نهائى يبقى الحق متنازعا فيه ، لا فحسب إذا طعن فى الحكم

(١) وقد حسم هذا النص خلافاً كان قائماً فى عهد التقنين المدنى السابق ، إذ كان هناك رأى يذهب إلى أن الحق لا يكون متنازعا فيه إلا إذا رفعت به دعوى ، وفى فرنسا نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٧٠٠) يجعل هذا المعنى متيناً . أما نص التقنين المدنى المصرى الجديد فصرح فى المعنى العكسى (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) . أما من حيث تحريم شراء الحق المتنازع فيه من عمال القضاء ، فقد نصت فرنسا (م ١٥٩٧ مدنى فرنسى) كما فى مصر بكون أن يقوم فى الحق نزاع جدى ولو لم ترفع به دعوى (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٣) . ولا يكون الحق متنازعا فيه إذا لم يتم فى موضوعه نزاع جدى ، حتى لو رفعت به بعد ذلك دعوى لم تكن متظرة (بودرى وسينيا فقرة ٢٦٥) — وصحوبة التنفيذ بالحق لا تجعله متنازعا فيه . أما النزاع فى مرتبة الحق فتجمل له هذا الوصف (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٥ - بودرى وسينيا فقرة ٢٦٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٥) - والنزاع فى تأمينات الحق لا يجعله حقاً متنازعا فيه إلا إذا كان هذا النزاع من شأنه أن يجعل الحق غير مستطاع التنفيذ ، وكذلك النزاع فى براءة اختراع لا يجعل الماخر متنازعا فيه إلا إذا كانت هذه البراءة هى المنصر الجوهري فى المتجر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٨ ص ٤٠٣) .

ومعرفة ما إذا كان هناك نزاع جدى فى موضوع الحق مسألة واقع يبت فيها قاضى الموضوع ، ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن شراء الدين من غير ضمان بأقل من قيمته لا يعتبر معه الدين متنازعا فيه بالمعنى المقصود فى المادة ٣٥٤ مدنى (قديم) ، إذ يجب لاعتبار الحق المبيع من الحقوق المتنازع فيها أن يكون قائماً بشأنه ، وقت التنازل منه ، خصوصاً أمام القضاء وأن يكون النزاع فيها منصبا على أصل الحق (le fond de droit) ، أى متعلقاً بوجوده أو بطريقة التخلص منه كالسداد أو المقنوط بمضى المدة . فكل المراقيل التى تعترض السداد بفعل المدين ، كالدفع بعدم الاختصاص أو بعدم وجود صفة المدعى ، لا يعتبر معها الدين متنازعا فيه ، لأنها غير متعلقة بأصله (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧) .

(٣) استئناف مصر أول مايو سنة ١٩٤٦ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٢٣١ — والنزاع يقوم فى موضوع الحق إذا تعلق بوجوده أو بانقضائه أو بجمده أو بمقداره ، أو إذا دفع الحق بدفع موضوعى ، أى إلى رفضه نهائياً كالدفع بالتقادم (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٧٨ - ص ١٧٩ — بودرى وسينيا فقرة ٩٢٢) .

الابتدائي بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضاً طول المدة التي يقال فيها باب هذا الطعن الاعتيادي مفتوحاً ولو لم يضمن في الحكم بالفعل . أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انقسم النزاع في آخر وأصبح حقاً غير متنازع فيه ، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن أن يضمن فيه بطريق غير اعتيادي كالنقض والتماس إعادة النظر ، وحتى لو كان باب الطعن غير الاعتيادي لا يزال مفتوحاً . أما إذا طعن بالفعل في الحكم النهائي بضمن غير اعتيادي ، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقاً متنازعاً فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعاً فيه على النحو الذي أسلفناه في اليوم الذي ينزل فيه عنه صاحبه إلى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعاً فيه ثم انقسم النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجز الاسترداد كذلك (٢) . ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، منقولاً أو عقاراً . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حق ادعائه فيه إلى أجنبي ، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حق المدعى برده له الثمن والمصروفات والفوائد . أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حائز العقار ، فهناك خلاف في الرأي . فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجيز للمدعى حق الاسترداد ، لأن الحكمة متوافرة في حالته كما توافرت في حالة المدعى عليه . ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر على المدعى حق الاسترداد ، إذ هو الذي أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكيلاً لخصومة هو المتسبب فيها (٣) .

(١) محكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٣/٢٦٤ ص ٣٧١ — أوبري ورو ه
فقرة ٣٥٩ مكررة رابماً ص ١٨٠ — بودري وسينيا فقرة ٢٦٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والمبرة في حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق على الحوالة لا وقت إعلانه
المدين (أوبري ورو ه فقرة ٣٥٩ رابماً هامش رقم ١٦ — بودري وسينيا فقرة ٩١٧ —
بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠) . وإذا قبل المدين حوالة حق ينزع فيه وكان قبله
دون تحفظ ، لم يجز له الاسترداد .

(٣) أنظر من الرأي الأول جيوار ٢ فقرة ٨٩٣ — أوبري ورو ه فقرة ٣٥٩ رابماً
هامش رقم ١٥ — بلانيول وريبير هامش ١٠ فقرة ٣١٨ — الأستاذين أحمد نجيب الهلال =

والشرط الثاني أن يكون النزول عن الحق بمقابل . فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف التبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة (١) . أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعرض ، فإن كان العرض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غابت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق (٢) . ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري . فإذا كان النزول عن الحق من طريق المقايضة ، لم يجز الاسترداد ، لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العرض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العرض والقيمة لا تجزىء عن المثل (٣) . وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع (٤) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز

= وحامد زكي فقرة ٦٠٨ — وانظر من للرأى الثاني بودرى وسينيا فقرة ٩٣٨ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢١ .

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يعلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يعلم ، إلا أنه إذا كان يعلم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمان على البائع (قارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ — هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يسترد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٤ — بودرى وسينيا فقرة ٩٣٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٠ — الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ — عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ .

(٤) وإن كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً في المزاد (جيوار ٢ فقرة ٨٩١ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٧ وهامش رقم ١٤ — بودرى وسينيا فقرة ٩٣٩ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ — وقارن كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٢ — الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ — وأنظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥ .

الابتدائي بطريق من طرق الطعن الاعتيادية كالمعارضة والاستئناف ، بل أيضاً طول المدة التي بظل فيها باب هذا الطعن الاعتيادي مفتوحاً ولو لم يطعن في الحكم بالفعل . أما إذا كان الحكم نهائياً فقد انحصر النزاع في الحق وأصبح حقاً غير متنازع فيه ، فلا يجوز فيه الاسترداد حتى لو كان الحكم النهائي يمكن أن يطعن فيه بطريق غير اعتيادي كالنقض والتماس إعادة النظر ، وحتى لو كان باب الطعن غير الاعتيادي لا يزال مفتوحاً . أما إذا طعن بالفعل في الحكم النهائي بطعن غير اعتيادي ، فإن الحكم يعود في هذه الحالة حقاً متنازعاً فيه ، ويجوز فيه الاسترداد (١) . ويجب أن يكون الحق متنازعاً فيه على النحو الذي أسلفناه في اليوم الذي ينزل فيه عنه صاحبه إلى الغير ، فلو بدأ الحق متنازعاً فيه ثم انحصر النزاع فنزل عنه صاحبه بعد ذلك لم يجز الاسترداد ، ولو كان الحق وقت أن نزل عنه صاحبه غير متنازع فيه ثم نوزع فيه بعد ذلك لم يجز الاسترداد كذلك (٢) . ويستوى أن يكون الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً أو حقاً عينياً ، منقولاً أو عقاراً . فلا يوجد ما يمنع من استرداد عقار متنازع فيه باع المدعى حق ادعائه فيه إلى أجنبي ، فيسترد المدعى عليه وهو الحائز للعقار حتى المدعى برده له الثمن والمصروفات والفوائد . أما إذا كان البائع هو المدعى عليه حائز العقار ، فهناك خلاف في الرأي . فمن يؤسس حق الاسترداد على فكرة المضاربة يجيز للمدعى حق الاسترداد ، لأن الحكمة متوافرة في حالته كما توافرت في حالة المدعى عليه . ومن يؤسس حق الاسترداد على فكرة حسم الخصومات ينكر هلى المدعى حق الاسترداد ، إذ هو الذي أنشأ الخصومة بادعائه فلا يجوز أن يسترد توكلاً لخصومة هو المتسبب فيها (٣) .

(١) محكمة مصر ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٢/٢٦٤ ص ٣٧١ — أوبرى ورو ه
فقرة ٣٥٩ مكررة رابماً ص ١٨٠ — بودرى وسينيا فقرة ٢٦٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣١٩ ص ٤٠١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٧٨ .

(٢) والمبرة في حوالة الحق المتنازع فيه بقيام النزاع وقت الاتفاق هل الحوالة لا وقت إعلار
المدين (أوبرى ورو ه فقرة ٣٥٩ رابماً هامش رقم ١٦ — بودرى وسينيا فقرة ٩١٧ —
بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠) . وإذا قبل المدين حوالة حق ينازع فيه وكان قبوله
دون تحفظ ، لم يجز له الاسترداد .

(٣) أنظر من الرأي الأول جوار ٢ فقرة ٨٩٣ — أوبرى ورو ه فقرة ٣٥٩ رابماً
هامش رقم ١٥ — بلانيول وريبير هامش ١٠ فقرة ٣١٨ — الأستاذين أحمد نجيب الحلال =

والشرط الثاني أن يكون النزول عن الحق بمقابل . فإذا نزل صاحب الحق عنه للغير تبرعاً لم يجز الاسترداد ، لأن التبرع يتنافى مع فكرة المضاربة ولا يمكن وصف المتبرع له أنه يتصيد القضايا المتنازع فيها ويستغل الخصومات القائمة (١) . أما إذا وهب صاحب الحق حقه بعرض ، فإن كان العرض من الأهمية بحيث يجعل النزول عن الحق بمقابل جاز الاسترداد ، وإلا غابت صفة التبرع وامتنع على المدين استرداد الحق (٢) . ولا بد أن يكون المقابل نقداً أو أشياء مثلية على الأقل حتى يتمكن المسترد من أن يدفع مثلها للمشتري . فإذا كان النزول عن الحق من طريق المقايضة ، لم يجز الاسترداد ، لأن المسترد لا يستطيع أن يدفع للمشتري مثل العرض بل كل ما يستطيع أن يدفعه هو قيمة العرض والقيمة لا تجزىء عن المثل (٣) . وليس معنى ذلك أن يكون النزول عن الحق المتنازع فيه حتماً من طريق البيع (٤) ، فقد يكون من طريق آخر وبمقابل نقدي فيجوز

= وحامد زكي فقرة ٦٠٨ — وانظر من للرأى الثاني بودرى وسينيا فقرة ٩٣٨ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢١ .

ويستوى في جواز حق الاسترداد أن يعلم المشتري بقيام النزاع في الحق أو لا يعلم ، إلا أنه إذا كان ، ولم بقيام النزاع جاز له الرجوع أيضاً بالضمان على البائع (قارن المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ — هذا إلى أنه لا يوجد مقابل للحق يدفعه المدين إذا هو استعمل حق الاسترداد ، ولا يجوز أن يسترد بدون مقابل فإن صاحب الحق لم يقصد أن يتبرع له هو .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً هامش رقم ١٤ — بودرى وسينيا فقرة ٩٣٢ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ ص ٤٠٢ .

(٣) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٣ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠ — الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ — عكس ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ .

(٤) وإن كان هذا هو الغالب . ويجوز الاسترداد حتى لو كان البيع قضائياً في المزاو (جيوار ٢ فقرة ٨٩١ — أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٧ وهامش رقم ١٤ — بودرى وسينيا فقرة ٩٣٦ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٠ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧١ — وقارن كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٢ — الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠٦ — وأنظر في عدم جواز الاسترداد إذا وكل صاحب الحق المتنازع فيه شخصاً آخر في قبض الحق من المدين في مقابل جزء من هذا الحق كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨٠ ص ٦٤٥ .

الاسترداد . مثل ذلك أن يكون هناك حق بين شخصين من منهما يدعى أنه له ، ثم إن هذا الحق نفسه يتنازع فيه المدين ، فلو أن صاحبي الحق المتنازعين اصطفا فاعطى أحدهما الآخر مبلغاً من النقود حتى ينزل له عن ادعائه . فإن المدين يستطيع أن يسترد حقوق هذا الآخر برده المبلغ للأول ، ولكن يبقى الأول على ادعائه فهو لم يخص على شيء في مقابله (١) . كذلك إذا كان صاحب الحق المتنازع فيه في ذمته مبلغ من النقود لدائن ، فوفاه الدين بالحق المتنازع فيه ، جاز للمدين في الحق المتنازع فيه أن يسترد الحق من الدائن بأن يرد له الدين الذي كان له في ذمة صاحب الحق . وإذا باع صاحب الحق المتنازع فيه حقه هذا مع أموال أخرى بشئ واحد ، جاز للمدين أن يسترد الحق المتنازع فيه بحصته من الثمن (٢) .

١٠٦ - كيف يكون الاسترداد : يتم الاسترداد باجتماع أمرين :

(١) إعلان المدين إرادته في الاسترداد (٢) ورده للمشتري الثمن الحقيقي وفوائده والمصروفات .

ويعلن المدين (٣) إرادته في الاسترداد دون حاجة إلى شكل خاص . فإذا

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٣٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣١٧ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠ - والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٧١ هامش رقم ٤ - والأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٦٢٠ هامش رقم ٤ . ويمكن إبراد مثل آخر للصلح حل النحر الآتى : دائن بألف وله مدينان متضامنان بتأزماته في الدين ، فاصطاح مع أحدهما على ثمانية وتقاضاها منه . فإذا رجع المدين الذى وفى الدائن حل المدين الآخر ، كان لهذا المدين الآخر أن يسترد حصته في الدين - وهي خمسمائة - بما يقابلها في مبلغ الصلح بأربعمائة . وقد وصل للتقنين المدنى الجديد إلى هذه النتيجة عن طريق آخر ، فيجعل للمدين المتضامن الآخر أن يستفيد من الصلح ، إذ نص في المادة ٢٩٤ منه على أنه " إذا تسالم الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو إبراة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقيون " .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .

(٣) وإذا كان هناك مدينون متضامنون متعددون ، جاز لكل منهم أن يستعمل حق الاسترداد ، ويرجع على الباقيين كل بقدر حصته (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٣ ص ٤٠٣) - ويجوز لخلف المدين ، كالوارث ، أن يستعمل حق الاسترداد (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١) . ويجوز لدائن المدين أن يستعمل باسمه حق الاسترداد .

سب هناك دعوى بالحق المتنازع فيه منظورة أمام المحاكم - بأن يكون الدائن قد رفع الدعوى بطالب المدين بالحق ودخل فيها المشتري خصماً أو رفعها المشتري ابتداء على المدين بطالبه بالحق الذي اشتراه - فالمدين يعلن إرادته في الاسترداد عن طريق طلبه في المحكمة من المشتري بالشكل العادي الذي تبدي به الطلبات في الخصومة . ويوجه الطلب إلى المشتري دون الدائن ، فالمشتري وحده هو الخصم في الاسترداد (١) . وإذا لم تكن الدعوى منظورة ، بأن لم ترفع دعوى أصلاً بالحق المتنازع فيه وإنما قام في موضوعه نزاع جدي ، أو رفعت الدعوى وصدر فيها حكم ، زال باب الطعن العادي مفتوحاً فيه ولكن لم يرفع الطعن فعلاً ، فطلب الاسترداد يكون بإعلان المدين إرادته ، ويوجه هذا الإعلان إلى المشتري دون الدائن كما قدمنا ، ويحدث الإعلان أثره من وقت وصوله إلى علم المشتري وفقاً للقواعد العامة (٢) .

ويجب أن يرد المدين للمشتري رداً فعلياً - أو يعرض عرضاً حقيقياً - الثمن وفوائده عن وقت الدفع وعسروقات ، فإن طلب الاسترداد لا يحدث أثره إلا

(١) ولا يجوز أن يكون طلب الاسترداد طلباً احتياطياً ، بأن يطلب المدين طلباً أصلياً الحكم بعدم صحة الدين أو بانقضائه مثلاً وطلباً احتياطياً باسترداده من المشتري ، لأن الاسترداد على هذا النحو يكون استرداداً لحق غير متنازع فيه إذ هو لا يقوم إلا بعد تصفية النزاع وإقرار الدين قضاء . هذا إلى أن الطلب الاحتياطي ليس من شأنه أن يضع حداً للخصومة ، إذا هو لا يوجد إلا بعد القضاء فيها (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٥٥ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٠ - بودري وسهيا فقرة ٩٤٠ - بلانيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨) .

وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ٣٥٤ مدني (قديم) لا تحول المدين أس في استرداد الدين المبيع بعرض الثمن على المشتري إلا إذا كان ذلك حاملاً بصفة أصلية وبغير منازعة في أصل الدين رغبة في إنهاك الخصومة صلحاً على هذا الأساس (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٠٩ ص ٣١٧) .

ولو كان الحكم بما يجوز الطعن فيه بطريق عادي ، وقبل الحكم طلب المسترد الاسترداد بصفة احتياطية ، جاز له ذلك ، لأنه حتى بعد صدور الحكم يبقى الحق متنازحاً فيه (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٢) .

(٢) وإذا نازع المشتري في صحة الاسترداد ، رفع الدين دعوى عليه يطلب فيها الحكم بصحة

إذا تم هذا الرد أو العرض (١) . ذلك أن نص القانون (م ٤٦٩/١) مدني صريح في أن : للمتنازل ضده أن يتخلص من المتبعة إذا هو رد إلى المتنازل الثمن الحقيقي الذي دفعه مع المصروفات وفوائد الثمن من يوم الدفع . ولأن التخلص من المتبعة بالحق المتنازع فيه لا يكون إلا من يوم الوفاء ، والوفاء لا يكون إلا بالدفع الفعلي أو العرض الحقيقي إذا لم يقبل المشتري الدفع الفعلي أو تنازع في صحته . والذي يجب أن يدفع فعلاً أو يعرض عرضاً حقيقياً هو ما يأتي : (١) الثمن الحقيقي الذي دفعه المشتري لشراء الحق المتنازع فيه ، وأراد القانون بذكر لفظ « الحقيقي » التحرز من الثمن الصوري الذي قد يذكره المتبايعان في عقد البيع ، فيزيدان من الثمن الحقيقي حتى يمنعا المدين من الاسترداد أو يجعلوا الاستداد أكثر كلفة . وللمدين أن يثبت بجميع الطرق أن الثمن المذكور في العقد ليس هو الثمن الحقيقي ، وأن يقتصر على دفع الثمن الحقيقي أو عرضه (٢) . (٢) فوائد هذا الثمن من وقت أن دفعه المشتري للبائع . والمراد هنا الفوائد بالسعر القانوني - ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في

(١) بودري وسينيا فقرة ٩٥٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٤ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠٧ ص ٥٩٥ - قارن أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ - كولان وكديشان ٢ فقرة ٩٨٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٦١٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٨ .

(٢) وإذا كان البائع قد منح المشتري أجلا للوفاء بالثمن ، فليسترد أن يستفيد من هذا الأجل ، ولكن للقضاء أن يلزمه بتقديم تأمين كاف يضمن السداد (بودري وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ .
وإذا باع المشتري الحق قبل استعمال حق الاسترداد ، فمتنازل ضده يستعمل حق الاسترداد ضد المشتري من المشتري لا ضد المشتري ، ويدفع له الثمن الذي اشترى به سواء كان أكثر من الثمن الأول الذي دفعه المشتري للبائع أو أقل . ذلك أن الاسترداد ليست له مدة مقرر قانوناً يجب أن يستعمل في خلالها ، فيجوز استعمال هذا الحق في أي وقت إلى أن يحسم النزاع في شأن الحق . وعند استعماله يوجه لمن كان الحق متقلاً إليه وقت الاستعمال ، سواء كان المشتري أو مشترياً منه أو مشترياً ثالثاً أو مشترياً بعد ذلك (بودري وسينيا فقرة ٩٤٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٠ ص ٤٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٩ ص ٢٧٣ - وانظر عكس ذلك في دفع المسترد للمشتري الثاني الثمن الذي دفعه المشتري الأول للبائع : ديمولومب ١٦ فقرة ١١٠ - جيوار ٢ فقرة ٩٠٣ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا و ٣٢ مكرر ثالثاً) .

المسائل التجارية - لتعويض المشتري عن المدة التي بقي فيها محروماً من الثمن لا ينتفع به . وفي مقابل ذلك يرد المشتري للمدين ثمرات الحق المتنازع فيه ، فإن كان ديناً ينتج فوائد تنف هذه الفوائد ولا يدفعها المدين للمشتري منذ انقضاء اليوم الذي دفع فيه المشتري الثمن للدائن ، وإن كان عقاراً رد المشتري ثمراته من ربح أو محصولات للمتنازل ضده . أما إذا كان الثمن الذي اشترى به المشتري الحق المتنازع فيه مؤجلاً وينتج فوائد ، فإن المتنازل ضده يتحمل هذا الثمن . وجلاً كما كان ويدفع الفوائد المتفق عليها ، وهذه غير الفوائد القانونية التي أشرنا إليها فيما تقدم . ويلتزم بهذا نحو المشتري ، والمشتري يبقى ملتزماً نحو البائع كما سنرى . (٣) مصروفات النزاع عن الحق المتنازع فيه ، كرسوم التسجيل في العقار ورسوم الورقة الرسمية أو التصديق على الإمضاء ورسوم التفتة والسمنة وأتعاب المحامي وغير ذلك (١) . ويتحمل المسترد أيضاً مصروفات الاسترداد ، ويدخل فيها مصروفات دعوى المطالبة بالحق إذا كان المشتري هو الذي رفعها على المتنازل ضده ، فإن هذه الدعوى قد انتهت دون حكم فتحمل المشتري مصروفاتها فيرجع بها على المتنازل ضده (٢) . وكذلك يرد المتنازل ضده مصروفات دعوى المطالبة بالحق التي قد يكون صاحب الحق رفعها ضده وانتهت دون حكم ، وذلك فيما إذا كان المشتري قد تحملها ، أما إذا لم يرجع بها صاحب الحق على أحد فالغالب أن يكون قد أدخلها في الثمن الذي باع به الحق وقد رأينا أن المتنازل ضده يجب عليه رد هذا الثمن للمشتري .

١٠٧ - الآثار التي تترتب على الاسترداد : إذا استرد المتنازل ضده

الحق المتنازع فيه من المشتري ، فإن هذا لا يعني أنه أقر بأن الحق ليس له . وكل ما عناه بالاسترداد أنه قصد وضع حد خصومة القائمة ، حتى ينحسم النزاع في أمر لا تعرف مغيبته (٣) .

(١) وإذا كان المشتري قد دفع رسوماً أكبر بسبب المبالغة في الثمن ، لم يكن له أن يرجع على المسترد بما زاد من هذه الرسوم (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٤ : ص ٤٠٦-٤٠٧) .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢١ ص ٤٠٨ .

(٣) وقد رأينا أنه إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً حول إلى آخر ، وقبل المدين الحوالة دون تحفظ ، سقط حقه في الاسترداد (أنظر آنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش) . أما إذا =

والاسترداد إذا تم على الوجه الصحيح يكون له أثره : (أولاً) في العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده . (ثانياً) وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع . (ثالثاً) وفي العلاقة ما بين المتنازل ضده والبائع .

ففي العلاقة ما بين المشتري والمتنازل ضده ، يحل الثاني محل الأول بموجب الاسترداد . ولا يعتبر الاسترداد شراءً جديداً للحق المتنازع فيه صدر من المشتري للمتنازع ضده ، بل إن المشتري يعتبر - في العلاقة ما بينه وبين المسترد - أنه لم ينتقل إليه الحق أصلاً وقد انتزعه منه المسترد . ويترتب على ذلك أن جميع الحقوق التي يكون قد رتبها المشتري على الحق قبل الاسترداد تسقط ، وتعتبر كأن لم تكن (١) . فإذا كان الحق المتنازع فيه عقاراً ، سقط كل ما رتبته المشتري على هذا العقار من رهون أو تصرفات أخرى كحقوق ارتفاق أو حقوق انتفاع . وتسقط الحجوز التي يكون دائن المشتري قد وقعها تحت يد المتنازل ضده ، إذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، إذ هي تعتبر واردة على حق ليس للمشتري (٢) .

وفي العلاقة ما بين المشتري والبائع يبقى البيع قائماً ، فلا ينتقض بالاسترداد (٣) . وهذا بخلاف الشفعة وحق الاسترداد بوجه عام ، فهناك يحل المسترد محل المشتري نحو البائع ، أما هنا فالاسترداد يوجه ضد المشتري وحده دون البائع ، فلا تتأثر بالاسترداد العلاقة ما بين المشتري والبائع . ومن ثم يكون للبائع حق مطالبة المشتري بالثمن والالتزامات الأخرى الناشئة عن عقد البيع ، ولا يحل المسترد

== احتفظ المدين بحقه في الطعن في الدين عند قبول الحوالة ، جاز له بعد ذلك أن يسترد (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٢٤ ص ٦١) . وإذا حول المحني عليه في جريمة حقه في التعويض إلى آخر ، جاز للمتهم أن يسترد الحق مع بقاء منكر ارتكاب الجريمة ومنكراً استحقاق المحني عليه للتعويض (هيك ٢ فقرة ٦٦٣ - بودري وسينيا فقرة ٩٥١) .

(١) لكن إذا باع المشتري الحق من مشتري ثان ، فقد قدمنا أن الاسترداد يوجه إلى المشتري الثاني بانتمى الذي دفعه هذا للمشتري الأول ، فلا يسقط تصرف المشتري الأول في الحق بالبائع (أنظر آتفاً فقرة ١٠٦ في الهامش) .

(٢) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٠ ص ٢٧٦ - ص ٢٧٧ .

(٣) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - والأستاذ محمد كامل مرمي فقرة ٢٤٢ .

محل المشتري في هذه الالتزامات ، فان البائع لم يتعامل معه فلا يجبر على معاملته . ولا يرجع المشتري على البائع بالضمان ، بعد ان انتزح المسترد الصفقة من المشتري ، وذلك ما لم يكن المشتري يجهل أنه اشترى حقاً متنازعا فيه ، فان جهل ذلك رجع على البائع بالضمان والتعويض (١) .

بقيت العلاقة ما بين البائع والمسترد . والخصوصية التي تميز هذا النوع من الاسترداد عن غيره من الأنواع الأخرى أن المسترد هنا مدين بالحق المتنازع فيه للبائع ، فهو غير أجنبي عن الحق بخلاف الشفيع الأجنبي عن العين المشفوعة . وهو إذن لا يتلقى الحق ، بل ينهبه إذا كان حقاً شخصياً ، ويقطع الخصومة فيه إذا كان حقاً عينياً . ويترتب على ذلك أن الحق المتنازع فيه لا ينتقل من البائع إلى المسترد ، فقد كان حقاً متنازعا فيه ما بين البائع والمسترد ، وكل ما حدث بالاسترداد أن هذا النزاع قد انحسم ، ولم يعد للبائع حق في مطالبة المسترد بشيء من الحق المتنازع فيه ، ويكون للاسترداد الأثر الذي للصلح في حسم النزاع . فإذا كان الحق المتنازع فيه ديناً يدعيه البائع في ذمة المسترد ، فان الاسترداد لا ينتقل الدين إلى المسترد فينقضي باتحاد الذمة ، بل إن الاسترداد يحسم النزاع في الدين فيعتبر كأنه لم يكن في ذمة المسترد (٢) . وإذا كان الحق

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٢ — بودري وسينيا فقرة ٩٥٥ — عكس ذلك ملايو اوروير د هامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ — وقارن الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ — وانظر آنفاً فقرة ١٠٥ في الهامش .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٩٥٨ — وما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد في حاجة إلى التحرير ، فقد ورد ما يأتي : « وإذا كان الحق المتنازع فيه حقاً شخصياً ، فاسترداده يمكن تكييفه حل أنه شراء للحق من الدائن ، ثم انقضاء الحق بعد ذلك باتحاد الذمة . وإذا كان الحق عينياً ، فاسترداده يكون شراء فيه معنى الصلح » (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٢٠٥) . والصحيح ما قررناه . انظر في معنى المذكرة الإيضاحية الأستاذ سالحان مرفس فقرة ٢٨٩ ص ٤٧٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٨ ص ٤٥٥ .

وقدر الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فيما ذكره في هذا الصدد إذ يقول : « الاسترداد لا يبدو أن يكون وسيلة لإبراء ذمة المدين . . . ليس من أثر الاسترداد إنشاء علاقة مباشرة بين البائع والمسترد ، فلا يستطيع البائع مطالبة المسترد بانتم بدعوى مباشرة ، وإنما يرجع عليه باستعمال دعوى مدينه أى المشتري المتنازل إليه . ثم إن المسترد لا يعتبر أنه تلقى حقاً من المشتري الذى استعمل خيار الاسترداد في مواجهته ، لأن كل ما يترتب على الاسترداد هو انتهاء الدين إذا كنا =

المتنازع فيه عقاراً ، انقطع النزاع فيه وخلصت ملكيته للمسترد دون منازعة من البائع . ولا يعتبر العقار قد انتقل من البائع إلى المسترد . بل يعتبر أنه كان دائماً ملك المسترد ، ومن ثم لا يلزم تسجيل الاسترداد . وإذا كان المشتري قد اشترى بثمن مؤجل ، وأصبح المسترد ملزماً بهذا الثمن إلى أجله (١) ، فإنه لا يكون ملزماً بشيء نحو البائع . بل هو ملزم نحو المشتري ، وهذا ملزم نحو البائع (٢) كما سبق القول .

١٠٨ - الحالة الاستثنائية التي لا يجوز فيها الاسترداد : لما كان

حق الاسترداد قد أعطى للقضاء على المضاربة في الحقوق المتنازع فيها ولمنع استعمال الخصومات ، فقد نصت المادة ٤٧٠ مدني . كما رأينا على حالات استثنائية أربع لا يجوز فيها الاسترداد لانقضاء فكرة المضاربة . وهذه الحالات هي (٣) :

١ - إذا كان الحق المتنازع فيه داخلاً ضمن مجموعة أموال بيعت جزافاً

= بصدد حوالة أو زوار النزاع الذي ثار حول الحق المبيى على انتشار . ولهذا إذا تعلق الإثبات بحق عيني عقاري ، فليس من الواجب تسجيله . والخلاصة أنه نظراً للطبيعة الخاصة لحياز استرداد الحق المتنازع فيه ، فإن المسترد لا يعتبر خلفاً خاصاً للبائع (المتنازل) ولا للمشتري (المتنازل إليه) لأننا بصدد حق متنازع فيه كان المسترد نفسه طرفاً فيه . (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٠٩ ص ٥٩٧ - ص ٥٩٨) .

(١) بودري وسينيا فقرة ٩٤٤ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٠ ص ٤٠٧ .
(٢) ويستطيع البائع أن يرجع على المسترد بالثمن عن طريق الدعوى غير المباشرة باستمات حق مدينه المشتري قبل مدين الدين وهو المسترد . ويذهب الفقه في فرنسا ، وفقاً لتقاليد القانون الفرنسي القديم ، إلى أن البائع يستطيع أن يرجع أيضاً بدعوى مباشرة عن المسترد (بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٢ ص ٤٠٩ - ك. لان وكايتان ، فقرة ٩٨٤ - وانظر في هذا المعنى : الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرمي فقرة ٢٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ٦٢٧ هامش رقم ١) . ونرجع الرأي الذي ذهب إليه الأستاذ عبد المنعم البدر أوى من أن البائع لا يستطيع مطالبة المسترد بالثمن بدعوى مباشرة (فقرة ٤٠٩) وقد سبقت الإشارة إلى ذلك ، لأن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنصر ، ولا يوجد نص هنا يجعل للبائع أن يرجع بدعوى مباشرة على المسترد .

(٣) وهي المذكورة على سبيل الحصر ، في غيرها يجوز الاسترداد دائماً (لوران ٢٤ فقرة ٦١٠ - جيوار ٢ فقرة ٨٩٧ - بودري وسينيا فقرة ٩٦٠) .

بشمن واحد . مثل ذلك بيع التركة ، فهي مجموع من المال بما له من حقوق وما عليه من ديون ، وسرى أن بيع التركة هو بيع لهذا المجموع دون نظر إلى عنصر من عناصره بالذات . فإذا كان في التركة حق متنازع فيه ، فإن هذا الحق يفقد ذاتيته ويبقى مع العناصر الأخرى في مجموع التركة ، فتندم فكرة المضاربة في هذا الحق بالذات ، فلا يجوز الاسترداد . ويترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص من وارث نصيبه في التركة ، وكان ضمن هذا النصيب دين للتركة في ذمة أجنبي وهو دين يتنازع فيه المدين ، فإن المشتري لنصيب الوارث وقد أصبح صاحب هذا الدين المتنازع فيه يستطيع أن يطالب به المدين ، ولا يستطيع المدين أن يسترده منه . فإذا صنى النزاع في الدين ، وثبت استحقاق التركة له ، وجب على المدين أن يدفعه كله لمن اشترى نصيب الوارث .

٢ - إذا كان الحق المتنازع فيه شائعاً بين ورثة أو ملاك (١) . وباع أحدهم نصيبه من الآخر . فإذا فرص أن حقاً متنازعاً فيه يملكه شخصان في الشيوع ، إلا لأنهما ورثاه عن مورث مشترك أو اشترياه معاً ، ثم باع أحد الشريكين نصيبه في الحق من الآخر ، فإن الاسترداد لا يجوز في هذه الحالة . ذلك أن المفروض أن يكون شراء الشريك لنصيب شريكه لا يقصد به المضاربة ، بل هو قسمة أو هو خطوة نحوها (٢) . أما إذا كان الشريكان في الحق يتنازعهما أجنبي يدعى ملكية الحق معهما ، وكان الحق ذاته متنازعاً فيه مع المدين به ، ثم نزل الأجنبي عما يدعيه للشريكين ، جاز للمدين أن يسترده . ذلك أننا خرجنا عن نطاق الاستثناء الذي نحن بصددده ، فهذا الاستثناء يقتضي

(٥) أو شركة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٣) .

(٦) ومن ثم لا يجوز الاسترداد حتى لو كان الحق مملوكاً لأربعة أشخاص مثلاً ، وباع واحد منهم نصيبه لأحد الشركاء الثلاثة . فبالرغم من أن الحق لا يزال شائعاً بين الثلاثة ، إلا أن فكرة القسمة لا تنتفي ، وهذا البيع خطوة نحوها .

ويلاحظ أنه في الحالة نحن بصدددها - بيع أحد الشركاء نصيبه لشريك آخر - يمنع الاسترداد ، فوق افتفاء فكرة المضاربة ، اعتبار آخر هو أن الاسترداد لا يمنع من استمرار المتنازعة والحصومة ، إذ أنه لا يزدى إلى أكثر من استرداد نصيب البائع ، ويبقى الشريك الآخر بنصيبه المتنازع فيه مستمراً في الحصومة .

أن يبيع أحد الشريكين من الآخر نصيبه ، لا أن أجنبياً سلباً يكون هو المتصرف (١) .

٣ — إذا نزل المدين للدائن عن حق متنازع فيه وفاء للمدين المستحق في ذمته . والمفروض هنا أن للمدين حقاً متنازِعاً فيه في ذمة آخر ، فنزل عن هذا الحق لدائنه وفاء بالمدين الذي في ذمته له . فالواضح أن الدائن ، عندما قبل نزول مدينه عن حقه ، لم يقصد المضاربة ، وإنما قصد أن يستوفي حقه . ومن ثم لا يجوز لمن عابه الحق المتنازع فيه أن يتخلص من المطالبة باسترداد الحق من الدائن الذي استوفى بهذا الحق حقه ، لأن الاسترداد هنا لا مبرر له (٢) . وقد ينزل المدين وفاء لمدينه عن حق متنازع فيه ، ولا يكون هذا الحق كافياً لوفاء الدين ، فيدفع معه مبلغاً إضافياً من النقود . مثل ذلك أن يكون في ذمة المدين لدائنه أربعة آلاف ، فيوفيه حقاً متنازِعاً فيه مقداره أربعة آلاف ومعه مبلغ إضافي مقداره خمسمائة . فكأنه وفي مدينه خمسمائة ، والباقي من الدين ومقداره ثلاثة آلاف وخمسمائة وفاء بأربعة آلاف متنازع فيها . ففي هذا المثل لا تدل الأرقام على أن هناك مضاربة في الحق المتنازع فيه ، فقد استوفى الدائن الدين الذي له بحق متنازع فيه يزيد عليه زيادة معقولة تقابل خطر النزاع . وإذا عكسنا الفرض ، وقلنا إن في ذمة المدين ثلاثة آلاف فافداً بحق متنازع فيه مقداره أربعة آلاف على أن يعطى الدائن للمدين معدلاً (soultte) لهذه الصنفه مقداره خمسمائة ، فإن الدائن يكون قد أعطى المدين خمسمائة فوق الثلاثة الآلاف ، واستوفى الثلاثة الآلاف والخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، فلا تدل الأرقام هنا أيضاً على فكرة المضاربة . ولكن إذا كان الدين الذي في ذمة المدين هو ألف فقط ، والمسألة بجالها ، فإن الدائن يكون قد أعطى خمسمائة فوق الألف ، واستوفى الألف وخمسمائة بأربعة آلاف متنازع فيها ، وقد يكشف قاضي الموضوع في هذه الحالة من الأرقام والظروف الأخرى فكرة

(١) بوردي وسينيا فقرة ٩٦٢ .

(٢) ولكن قد يعمد الطرفان إلى التحايل ، فينشئان ديناً سوريا لأحدهما على الآخر ، ثم ينزل المدين للدائن عن حق له متنازع فيه وفاء لهذا الدين السوري . فالاسترداد هنا يجوز ، لأن الصنفه أريدت بها المضاربة وقد أخفيت تحت ستار هذا الدين السوري .

المضاربة فيجعل للمدين بالحق المتنازع فيه حق الاسترداد (١).

٤ - إذا كان الحق المتنازع فيه بثقل عقاراً وبيع الحق لحاز العقار .
والمفروض هنا أن عقاراً مثقل برهن يكفل ديناً على مالكه متنازِعاً فيه . وباع
المدين العقار المرهون من آخر ، فالحاز للعقار وهو المشتري يكون مسئولاً
عن الرهن الذى يثقل العقار وله حق التطهير ، ولكن لإجراءاته معقدة وهو
غير مأمون العاقبة . فيعمد إلى شراء الحق المتنازع فيه المكفول بالرهن ، حتى
يمنع الدائن المرتهن من تتبع العقار . ولا يستطيع المدين بالحق المتنازع فيه - وهو
المدين الذى باع العقار - الاسترداد فى هذه الحالة ، فان الذى دفع حاز العقار
إلى شراء الحق المتنازع فيه لم يكن فكرة المضاربة ، بل إنه أراد تجنب
إجراءات الدائن المرتهن (٢) . مثل ذلك أن يشتري شخص عقاراً من آخر بأربعة
آلاف ، وعلى العقار رهن بألف متنازع فيها فاذا دفع المشتري كل الثمن للبائع ،
ثم اشترى الدين المضمون بالرهن ومقداره ألف بثمانمائة ، فانه يرجع على المدين
وهو بائع العقار بألف ، ولا يجوز لهذا المدين أن يسترد الدين بثمنه فيدفع ثمانمائة
بدلاً من الألف . وإذا اكتفى المشتري بأن يدفع من الثمن ثلاثة آلاف ليستبقى
ألفاً لوفاء الدين - وهذا ما يقع عادة - ثم اشترى الدين بثمانمائة ، لم يجز للمدين
بائع العقار أن يتمسك بحقه فى الاسترداد ليرجع على المشتري بالفرق بين الدين
ومقداره ألف وبين ثمنه ومقداره ثمانمائة (٣) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩٦٥ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٢٣ ص ٤١٠ - جوسران ٢ فقرة ٨١٥
ص ٤١٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٠
ص ٥٩٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٨ ص ٢٧٠ .

١٠ رد التقنين المدنى للفرنسى ، وعلى غرارہ أورد التقنين المدنى المصرى السابق ، لتقرير
هذه الحالة الرابعة ، عبارات غامضة لا يستبين منها فى وضوح فرض المشرع : أنظر فى نص
التقنين المدنى الفرنسى كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٨١ ، وفى مثل مناسب لعبارة التقنين المدنى
المصرى السابق وهى عبارة غامضة الأستاذين احمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٦١٩ .

(٣) أنظر فى الحالات الاستثنائية الأربع المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة
الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٤ .

ب - بيع الحقوق المتنازع فيها لعمال القضاة

١٠٩ - النص من القانون : تنص المادة ٤٧١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمحامين ولا لكتبة المحاكم ولا للمحضرين أن يشتروا ، لا بأسمائهم ولا باسم مستعار ، الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وإلا كان البيع باطلا ،

وتنص المادة ٤٧٢ على ما يأتي .

« لا يجوز للمحامين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها إذا كانوا هم يتولون الدفاع عنها ، سواء أكان التعامل بأسمائهم أم باسم مستعار . وإلا كان العقد باطلا (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٥٧/٣٢٤ (٢) .

(١) تاريخ النصوص

م ٤٧١ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٧ من المشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة المراجعة ومجلس النواب ، وأصبح النص رقم ٤٩٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٠ - ص ٢٠٢) .

م ٤٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٨ من المشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد فيما عدا فروقا لفظية ، زالت في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٩٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ و ص ٢٠٦) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٥٧/٣٢٤ : لا يجوز للقضاة أو وكلاء الخسرة الخديوية وكتبة المحاكم والمحضرين والأفروكانية أن يشتروا ، بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم ، لا كلا ولا بعضاً من الحقوق المتنازع فيها التي تكون رؤيتها من خصائص المحاكم التي يجرون فيها وظائفهم ، فإذا وقع ذلك كان البيع باطلا . وفي هذه الحالة يكون البيع باطلا أصلاً ، ويحكم بإبطاله بناء على طلب أى شخص له دالة في ذلك ، ويجوز للمحكمة أن تحكم بالإعلان من تلقاء نفسها .

وتقابل في التفتينات المدنية العربية الأخرى . في التقنين المدني السوري
المادتين ٤٣٩ - ٤٤٠ . وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ -
وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٩٥ - ٥٩٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود
اللباني المادتين ٣٨٠ - ٣٨١ (١) .

١١٠ - **البيع لعمال القضاء وهو الاسترداد** : ونرى من ذلك أن
ليح الحقوق المتنازع بها حاصبة أخرى . فقد رأينا فيما تقدم أن بيع الحق المتنازع
فيه يحس للمدين حق الاسترداد من المشتري . وهنا نرى أن المشتري إذا كان
أحداً من عمال القضاء . وبالتحديد أحداً ممن ذكروا بالنص - فإن البيع يكون
باطلاً ، ومن ثم لا يحوز هناك محل للاسترداد إذ لا استرداد في بيع باطل .
وقد ربط التقنين المدني الجديد ما بين النصوص المتعلقة ببيع الحقوق المتنازع

= (والأحكام متفقة في التفتينين) ثم يرد في التفتين السابق نص خاص بتعامل الهامى في
الحق المتنازع فيه إذا كلاً من صاحب الحق . ونحو المادة ٢٥٧/٢٢٤ كانت تعتبر كالية
عنصر شراء الهامى لعمال القضاء . ويدخل في البيع الوفاء بمقابل إذا كان الهامى يأخذ مقابل
أعماه جزءاً من الحق المتنازع فيه)

(١) التفتينات المدنية العربية الأخرى . التقنين المدني السوري م ٤٣٩ - ٤٤٠ (مطابقتان
للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني المصري) .

(وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٧٨ - فقرة ٢٨٩) .
التقنين المدني الليبي - ٤٦٠ - ٤٦١ (مطابقتان للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني
المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٩٥ - ٥٩٦ (مطابقتان للمادتين ٤٧١ - ٤٧٢ من التقنين المدني
المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذبي - فقرة ٢٦٢ - فقرة ٢٦٩ -
والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ١١١ - فقرة ١١٢)

تقنين الموجبات والعقود الباني م ٣٨٠ : إن القضاء والمهامين والكتبة القضائية ومعاونيهم
لا يجوز لهم أن يشتروا بأنفسهم ولا بواسطة غيرهم الحقوق المتنازع عليها والداخل في حيز
اختصاص المحاكم التي يقومون بوظائفهم في دائرتها .

م ٣٨١ : إن زوجات الأشخاص المتقدم ذكرهم وأولادهم وإن كانوا راشدين يعدون
أشخاصاً مستعازين في الأحوال المنصوص عليها في المواد السابقة .

(والتقنين اللبناني يتفق في مجموع أحكامه مع التقنين المصري ، إلا أنه أغفل النص على إعفاء
أعضاء النيابة والمختبرين كما أغفل النص على تحريم تعامل الهامى في الحق المتنازع فيه الموقوف إليه
الدفاع عنه ، وأقام قرينة قانونية على أن الزوجة والولد يعتبران اسماً مستعاراً) .

فيها ربطاً لم يكن موجوداً في التقنين المدني السابق ، إذ أن هذا التقنين الأخير عرّض الحق الاسترداد في مكان والبيع لعمال القضاء في مكان آخر ، وباعد ما بين المكانين حتى صار الربط بينهما ينطوي على شيء من الخفاء . ومذ ربط بينهما التقنين الحالي ، أصبح واضحاً أن بيع الحق المتنازع فيه لأحد عمال القضاء ، وهو بيع باطل ، لا يدع مجالاً لحق الاسترداد . فلا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق ، ويبطل البيع أصلاً فيرجع الحق لصاحبه ، ويكون المدين ملتزماً نحوه بكل الدين إذا صنى النزاع وثبت وجود الدين في ذمة المدين . أما العكس فجائز ، فإذا مرضنا أن المدين بالحق المتنازع فيه هو أحد عمال القضاء وباع الدائن الحق من آخر ، فانه يجوز للمدين - ولو أنه من عمال القضاء - أن يسترد الحق المتنازع فيه (١) . ولا يحتاج عليه في ذلك بأنه اشترى حقاً متنازعاً فيه رؤية النزاع فيه من اختصاصه ، لأنه إنما حسم النزاع بهذا الاسترداد ، ولأنه لم يشتر الحق بل استرده لإبراء ذمته منه ، واسترداد الحق لإبراء الذمة غير شرائه للمضاربة (٢) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وبيع الحقوق المتنازعة بها هل هذا النحو له خاصيتان : (أ) أنه لا يجوز إذا كان البيع لعمال القضاء الذين يقع في اختصاصهم الفصل في النزاع . (ب) أنه يجوز إذا كان البيع لغير عمال القضاء المتقدم ذكرهم ، ولكن يستطيع من عليه الحق أن يتخلص منه إذا هو رد للمشتري الثمن والمصروفات والفوائد . وقد ربط المشروع هاتين الخاصيتين إحداهما بالأخرى لما بينهما من العلاقة الظاهرة ، بخلاف التقنين الحالي (السابق) فقد فصل موضوع استرداد الحق المتنازع فيه (م ٣٥٤ - ٣٥٥ / ٤٤٢ - ٤٤٣) عن موضوع تحريم بيعه لعمال القضاء (م ٣٢٤ / ٢٥٧) ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٣) .

وجاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « وحكم بيع الحق المتنازع فيه من حيث جواز الاسترداد قد يتدخل في حكم هذا البيع من حيث تحريمه على عمال القضاء . فإذا باع الدائن حقاً متنازعاً فيه لأحد عمال القضاء ، كان البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً كما تقدم ، ولا يكون للمدين في هذا البيع الباطل أن يتخلص من الدين بدفع الثمن والمصروفات والفوائد . أما العكس فجائز ، ويكون لعمال القضاء الذي ينزع في دين أن يتخلص منه إذا باعه الدائن ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٦ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٦٧ وهامش رقم ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٣ - وانظر عكس ذلك : أوبرى وور ه فقرة ٣٥٩ وإباً هامش ١٢ - جيوار فقرة ١٤٢ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٢٩ .

وبمخلص ٤٤! تقدم أن القانون بنظر في رية إلى بيع الحق المتنازع فيه . فهو في القليل ينطوي على فكرة المضاربة واستغلال الخصومات ، ومن ثم جعل القانون الجزاء على ذلك حداً في الاسترداد يعطيه للمدين . فإذا زادت الرية وكان المشتري هو أحد عمال الشركة ، فإنه يشتري حتماً نظر النزاع فيه يقع في اختصاصه ، زاد الجزاء على ما تقدم ، وبالشبهة هنا لا تتعلق فحسب بفكرة المضاربة ، بل تصل إلى حد استغلال الشرد ، ومن ثم كان الجزاء أشد وقد جعله القانون بطلان البيع (١) . وحرّم القانون بوجه خاص على المحامي التعامل مع موكله في الحق المتنازع فيه الموكل إليه أمر الدفاع عنه ، سواء بالبيع أو بغيره من التصرفات .

وقد عرفنا فيما تقدم ما هو الحق المتنازع فيه (٢) . ويبقى أن نعرف : (١) من هم المشترون للحقوق المتنازع فيها . (٢) وما هو الجزاء على شرائهم لهذه الحقوق (٣) وأحكام تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) .

(١) ولكن لا يمتنع على عمال القضاء بيع حق لهم متنازع فيه ، لأن البيع بعكس الشراء ينقطع سلّهم بالحق ويعد عنهم الشبهات (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٤ ص ١٨٢) .

(٢) فالحق المتنازع فيه معناه واحد . حيث حق الاسترداد ومن حيث تحريم شراؤه على عمال القضاء ، ومن ثم يكون الحق متنازعا فيه في الحالتين . نقيم في شأن موضوعه نزاع جدى ولو لم ترفع دعوى به أمام القضاء (قارن الأستاذ منصور مصحف منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٧٩) . وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأن المادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) التى تحرم على القضاء وغيرهم شراء الحقوق المتنازع فيها تفيد عبارتها اشتراط ان يكون المتنازع على الحق قائماً بالفعل وقت الشراء ومعروفا للمشتري : سواء أكان مطروحا على القضاء أم لم يكن طرح بعد . وإذن فلا يكفي لإبطال البيع أن يكون الحق المبيع قابلا للنزاع ومحتلا أن ترفع بشأنه دعوى . ومحكمة الموضوع ، إذ تفصل في وصف كون الوقائع التى اثبتتها وقررتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق متنازعا فيه ، إنما تفصل في مسألة قانونية هى توافر ركن من الأركان القانونية للمادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) . وأر عدم توافره . وإذن فعملها في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض (نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٨ ص ٢٨٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن النزاع في الحق المانع من البيع الذى نصت عليه المادة ٢٥٧ مدنى (٤٧١ جديد) يجب أن يكون قائماً فعلاً أو محتملاً وقت التعاقد ، فكل نزاع يجرى أثر ينشأ بعد التعاقد لأسباب لم تكن ظاهرة وقت التعاقد لا يصح أن يكون حائلاً دون البيع للأشخاص الذين ذكرهم القانون (استئناف مصر ١١ مايو سنة ١٩٣٩ المجموعة الرسمية

١١١ - المتشرون للمفرون المتنازع فيها : انخضور عليهم الشراء

هم القضاة وأعضاء النيابة والمحامون وكتبه المحاكم وانخضرون . وقد ذكروا في المادة ٤٧١ مدني على سبيل الحصر ، فلا يجوز انقباس عليهم ، ولا يمتد انخضور إلى الخبراء (١) و مترجمي المحاكم ووكلاء المحامين وكتبهم وخدم المحاكم وحجباها وفراسيها والحراس ورجال الشرطة ومأموري الضبطية القضائية (٢) .

والقضاة يشملون كل من ولي وظيفة القضاء . فقضاة المحاكم الجزئية والمحاكم الكلية ومحاكم الاستئناف ومحكمة النقض ، كل هؤلاء القضاة والمستشارين يعتبرون « قضاة » . ويشمل اللفظ أيضاً مستشاري وقضاة مجلس الدولة والمحاكم الإدارية (٣) ، كما يشمل قضاة المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحالس المالية عندما كانت هذه المحاكم موجودة . والمحظور شراؤه على التقاضي ينسج أو يضيق بحسب المحكمة التي يباشر فيها وظيفته . فقاضي المحكمة الجزئية لا يجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع من اختصاص محكمة الجزئية وحدها ، ويجوز له شراء الحقوق المتنازع فيها فيما عدا ذلك ولو كان النظر في النزاع من اختصاص محكمة جزئية أخرى تابعة لنفس المحكمة الكلية التي تتبعها محكمة (٤) ، على أن يكون للمدين حق الاسترداد على النحو الذي قدمناه فيما يتعلق بهذا الحق . وقاضي المحكمة الكلية يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته ، بما في ذلك اختصاص المحاكم الجزئية التابعة لمحكمته حتى لو كان النزاع يدخل في

(١) لا يدخل الخبراء ولو كانوا مقدين في الجدول (استئناف مختلص ٢٠ يناير سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ١٤١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥ .

(٣) ولا يدخل مستشارو الرأي والتشريع في مجلس الدولة والأعضاء الفنيون بهذين القسمين والموظفون الفنيون بوزارة العدل ، فكل هؤلاء ليست لهم ولاية القضاء . كذلك لا يدخل المهكرون ، فهؤلاء لا يسمون « قضاة » .

(٤) غير أن محكمة استئناف مصر قضت بأن وكلاء النيابة بالمحاكم الجزئية يتدرجون في حكم من يؤدون وظائفهم في دائرة المحكمة الكلية كلها ، لأن المحاكم الجزئية ليست محاكم مستقلة بذاتها . بل هي متفرعة عن المحاكم الكلية الرئيسية ، ووكلاء النيابة والقضاة فيها يميزون أصلاً في المحاكم الكلية ثم يتدبون للعمل في الجزئيات (استئناف مصر ١٢ يونيو سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٤ رقم ١٢٠ ص ٢٤١) .

الاختصاص النهائى للمحكمة الجزئية ، لأن مجرد احتمال رفع استئناف ولو غير مقبول يكفى لإلقاء ظل من الشبهة ، بل يجوز أن يتسع النزاع وتضم إليه طلبات إضافية نجد قابلاً للاستئناف (١) . ومستشار محكمة الاستئناف يمتد اختصاصه إلى دائرة محكمته ، بما فى ذلك اختصاص المحاكم الكلية والمحاكم الجزئية التابعة لهذه المحكمة . أما مستشار محكمة النقض فيمتنع عليه أن يشتري أى حق متنازع فيه ، لأن اختصاص محكمته يمتد إلى جميع أنحاء الدولة ، وهذا حتى لو كان الحكم فى النزاع غير قابل للنقض للاحتتمالات التى قدمناها .

وأعضاء النيابة يتدرجون من النائب العام إلى معاونى النيابة . ولا يدخل فيهم معاونو الإدارة ، ولا أعضاء النيابة الإدارية فهذه النيابة لم تكن موجودة وقت وضع التقنين الجديد . ولكل عضو نيابة اختصاص المحكمة التى يعمل فيها ، ويمتد اختصاص النائب العام إلى جميع أنحاء الدولة وكذلك المحامون العامون وأعضاء النيابة الذين يعملون أمام محكمة النقض .

والمحامون هم كل من كان عضواً فى نقابة المحامين ولو كان لا يزال تحت التمرين . ومن هؤلاء المحامين من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النزاع من اختصاص أية محكمة جزئية فى جميع أنحاء البلاد . منهم من لا يسمح لهم بالمرافعة إلا أمام المحاكم الكلية والجزئية ، فيحظر عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها جميعاً . والمحامون المسموح لهم بالمرافعة أمام محكمة النقض أو أمام محاكم الاستئناف يحظر عليهم هم أيضاً شراء أى حق متنازع فيه (٢) .

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ رابعا ص ١٨٤ - بودرى وسينها فقرة ٢٦٠ - مكس ذلك ماركاديه م ١٥٩٨ فقرة ١ .

(٢) ومع ذلك فقد ذهب رأى إلى قصر المنع على حالة ما إذا كان المشتري محاميا من أحد المتنازعين (الأستاذ فتحي زغلول ص ٢٢٦) ، وذهب رأى آخر إلى قصر المنع على المحاكم التى يترافع فيها المحامى بصفة مستمرة (الأستاذ حلمى عيسى فقرة ٩٠٢) أو المحكمة التى يباشر عمله فعلا فى دائرتها (الأستاذ اسماعيل غانم ص ٤٢ - ص ٤٣) ، خير أن هذه الآراء يعموزها سند من القانون (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكى ص ٢٢٥ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٣ ص ٤١٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٥ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ - الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ١٢٥ ص ١٨٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٣ ص ٢٨١) .

وكتب المحاكم بترتيب فيهم كتاب الجلسات ، وعبرهم من الكتاب ككتاب الحسابات والسكرتارية والقيود وغير ذلك من الأقسام الإدارية . والكاتب موظف في محكمة معينة ، فالخظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة ، سواء كانت محكمة جزئية أو محكمة كلية أو محكمة استئناف أو محكمة النقض .

كذلك المحضرون كل معين في محكمة معينة ، فالخظر يشمل دائرة اختصاص هذه المحكمة

وبلاحظ أن يجب توافر الصفة في الوقت الذي يتم فيه الشراء ، فلو أن المشتري لم يكن قاضياً في محكمة القاهرة وقت أن اشترى حقاً متنازعا فيه من اختصاص هذه المحكمة ، فالشراء جاز حتى لو نقل القاضي بعد ذلك إلى محكمة القاهرة ورفع النزاع أمام هذه المحكمة ، وعليه في هذه الحالة أن يتنحى عن نظر القضية . ويجب أيضاً أن يكون الحق متنازعا فيه وقت الشراء ، فلو لم يتم في شأنه نزاع جدي وقت أن اشتراه عامل لقضاء فالشراء صحيح ولو قام النزاع بعد ذلك أو كان قائماً قبل ذلك وانحسم . ويجب أخيراً أن يكون عامل القضاء عالماً بوقوع النزاع في الحق وقت شرائه (١) .

وبستوى أن يكون الشراء واقعاً على كل الحق . أو واقعاً على بعضه . كما يستوى أن يشتري عامل القضاء الحق المتنازع فيه باسمه الشخصي أو باسم مستعار (٢) .

١١٢ - جزاء الخظر : ولا شك في أن جزاء الخظر بطلان البيع بطلاناً مطلقاً ، فالنص (م ٤٧١ مدى) صريح في هذا المعنى . ولا يكفينا لعقد البيع أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير ، وفقاً للقواعد المقررة

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا تبين وقت تحويل السند أن المهاي لم يكن يعلم بأنه موضوع نزاع ، جاز التحويل له ، ولا يمكن أن ينسب إليه أنه اشترى ديناً متنازعا فيه (٢٥ يونيو سنة ١٩٢٤ الهامة ه رقم ٢/٢٦ ج ١٩) .

(٢) كأن يشتري باسم زوجه أو ولده أو قريب له أو صديق . ويجوز إثبات الشراء باسم مستعار بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيعة والفرائن . وقد وضع تقنين الموجبات والمقود اللبناني (م ٢٨١) قرينة قانونية على أن الشراء باسم الزوجة أو باسم الأولاد ولو كانوا راشدين هو شراء باسم مستعار (انظر آنفاً فقرة ١٠٩ في الهامش) .

في البطلان (١) . ومن ثم لا يجوز للمدين بالحق المتنازع فيه أن يسترد الحق في هذا البيع ، كما سبق القول . ويترب على بطلان البيع أن المشتري يسترد ما دفعه ثمناً للحق ، ويبقى الحق ملكاً لصاحبه الأصلي .

والبطلان يقوم على أساس أن البيع يخالف للنظام العام . فما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها . وإذا كان لم يقصد أن يستغل نفوذه فعلاً . ففي القليل قد ألتى بشرائه الحق المتنازع فيه طلاً من الشبهة في حيدة القضاء في نزاع يقع في اختصاصه . فهذه الاعتبارات تتصل أوثق الاتصال بالنظام العام والآداب ، ويكون الجزاء هو البطلان المطلق (٢)

١١٣ - تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه (pacte de quota litis) :

وقد ورد في التقنين المدني (م ٤٧٢) نص صريح في تحريم تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه . وبلاحظ أن نص المادة ٤٧١ مدني كان وحده يكتفي لتحريم شراء المحامي حقماً متنازلاً فيه لموكله . بل لأن النص أوسع من ذلك إذ يحرم على المحامي أن يشتري أى حق متنازع فيه ولو لم يكن وكيلاً عن صاحب الحق كما سبق القول . أما المادة ٤٧٢ مدني فهي أضيق من المادة ٤٧١ مدني من

(١) ويسرى التحريم والبطلان المطلق على الوفاء بمقابل والمقايسة كما يسرى على البيع ، لأن كلا من الوفاء بمقابل والمقايسة تدرى عليه أحكام البيع (انظر الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٤ ص ٢٨٢) .

(٢) ومن ثم فقد قيل إن حامل القضاء لا يسترد ما دفعه من الثمن في شراء الحق المتنازع فيه لأنه الطرف الملوث ، ولكن هذه النظرية القديمة قد عجزت ، وما دام البيع باطلا لا يترب عليه أثر فإنه يسترد ما دفعه .

وفي فرنسا نص على عدم جواز شراء عامل القضاء للحق المتنازع فيه ، دون أن يصرح النص بالبطلان كما صرح نص التقنين المدني المصري ، فانقسم الفقه الفرنسي بين قائل ببطلان البيع وقائل بتقابليته للإبطال . فن القائلين بالبطلان : لوران ٢٤ فقرة ٦٣ - جيوار ١ فقرة ١٤٠ - ميك ١٠ فقرة ٥٥ . ومن القائلين بالتقابلية للإبطال : ديمولوب ٢٩ فقرة ٦٩ - أوبري ورو د فقرة ٣٥٩ رابعاً ص ١٧٥ وهامش ٩ - بودري وسينيا فقرة ٢٦٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٣٧ - جوسران ٢ فقرة ١٠٢١ .

ناحية ، وأوسع من ناحية أخرى . هي أضيق ، لأنها تشترط أن يكون المحامي وكيلًا في الحق المتنازع فيه . وهي أوسع ، لأنها تقضى بأنه متى كان المحامي وكيلًا في الحق المتنازع فيه فكل ضروب التعامل في هذا الحق محرمة عليه ، وليس الشراء فحسب . فلا يجوز له أن يشتري الحق ، ولا أن يقايض عليه ، ولا أن يوهب له ، ولا أن يشارك فيه ، ولا أن يقترضه . ولا يجوز له بوجه خاص أن يأخذ جزءاً من الحق في مقابل أنعابه ولو تولى الانفاق على التقاضى . والحظر هنا أيضاً يقوم على اعتبارات تتصل بالنظام العام ، إذ يخشى أن يستغل مركزه فيوهم موكله أن حظه في استخلاص حقه غير كبير ، ويحمله بذلك على قبول اتفاق يكون الموكل فيه مغبوناً . ومن ثم يكون التعامل باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ويستوى أن يتعامل المحامي باسمه أو يتعامل باسم مستعار كزوجة أو ولد أو قريب أو صديق . وبطلان التعامل لا يمنع من أن يطلب المحامي تقدير أنعابه ، ويرجع على الموكل بها هي وما عسى أن يكون قد أنفقه على التقاضى (١) . كذلك لا يوجد ما يمنع ، إذا انتهى النزاع في الحق ، أن يتعامل المحامي فيه مع موكله السابق بعد أن أصبح الحق غير متنازع فيه (٢) .

وقد كان تعامل المحامي في الحق الموكل في النزاع بشأنه محرماً على الرأي الراجح ، في عهد التقنين المدني السابق (٢) ، تطبيقاً للمبدأ العام الذي يحرم

(١) أما تعامل المحامي الباطل في الحق المتنازع فيه فيكون محل مواخظة تأديبية (انظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٠٧ ص ١٤٩) .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٦ - وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « زاد المشروع بأن ذكر تطبيقاً خاصاً لبيع الحق المتنازع فيه لعمال القضاء ، هو التطبيق الكثير الوقوع في العمل ، وهو تعامل المحامي مع موكله في الحق المتنازع فيه إذا كان هو الذي تولى الدفاع عنه - pacte de quota litis - سواء أكان التعامل بالبيع أم بغيره ، وسواء تعامل المحامي باسمه أو باسم مستعار : م ٦٣٨ من المشروع وهي منقولة من المشروع الفرنسى الإيطالى م ٢/٢٢٣ ، ولا نظير لها في التقنين الحالى (السابق) . ويلاحظ أنه يجوز ، بعد انتهاء النزاع ، أن يتعامل الموكل مع المحامي في الحق الذى كان متنازعا فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٥) .

(٣) استئناف مصر ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٤٢ ص ٢٢٨ - استئناف مختلط ٢٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ - ٢١ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٣٤ - الأستاذان =

على المحامين شراء الحقوق المتنازع فيها سواء كانوا موكلين في النزاع أو غير موكلين . فلم يستحدث التقنين المدني الجديد حكماً جديداً في هذا الصدد ، وإنما أورد نصاً خاصاً صريحاً في التحريم (١) .

٢٥ - بيع السلم

١١٤ - **السلم في الفقه المصري** : لما كان بيع المعدوم باطلاً في الفقه الإسلامي ، فقد استثنى من هذه القاعدة بيع السلم ، وهو بيع شيء غير موجود ولكنه ممكن الوجود . ونستعرض هنا في إيجاز ، ملخصاً عن البدائع (٢) ، الخطوط الرئيسية في بيع السلم في الفقه الإسلامي ، ثم نعرض لهذا النوع من البيع في القانون المصري . ولما كان تقنين الموجبات والعقود اللبني أنفرد لهذا البيع نصراً خاصاً ، فإنا نعرض لهذه النصوص بعد ذلك .

يمكن تعريف السلم في الفقه الإسلامي بأنه بيع شيء غير موجود بالذات بضمن مقبوض في الحال ، على أن يوجد الشيء ويسلم للمشتري في أجل معلوم . ويسمى المشتري المسلم أو رب السلم ، والبائع المسلم إليه ، والمبيع المسلم فيه ، والتمن رأس المال . ونرى من ذلك أن السلم هو بيع المعدوم ، رخص فيه استثناء من مبدأ عدم جواز بيع المعدوم للحاجة إليه وجريان التعامل فيه . على أن للسلم

= أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٢٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٧ ص ١٦٦ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٥ .

وإذا كان التقنين المدني السابق لم يشمل كل نص صريح في تحريم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه الموكل في النزاع بشأنه ، فقد اتصل قانون المحاماة رقم ١٢٥ لسنة ١٩٣٥ على هذا ، إذ تقضى المادة ٤٣ من هذا القانون بما يأتي : « وليس له على كل حال أن يتنازع كل أو بعض الحقوق المتنازع عليها ، أو أن يتفق على أخذ جزء منها نظير أتعابه ، أو على أجر ينسب إلى قيمة ما هو مطلوب في الدعوى أو ما يحكم به فيها . وعلى كل حال لا يجوز له أن يعقد اتفاقاً على الأتعاب من شأنه أن يجعل له مصلحة في الدعوى » .

(١) ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مماثل المادة ٧٢ من التقنين المدني المصري ، ولكن الفقه الفرنسي يحرم تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه تطبيقاً للمادة ١٥٩٧ مدني فرنسي وهي التي تماثل المادة ٤٧١ مدني مصري (بودري وسينيا فقرة ٢٦٨) .

(٢) البدائع للكاساني ٥ ص ٢٠١ - ص ٢٠٥ .

شروطاً وقبوحاً نخرجه عن أن يكون مطلق بيع المعدوم ، وتكسبه صفة خاصة تجعله استثناءً منبدأً في حدود ضيقة .

فيشترط في المبيع - المسلم فيه - أن يكون معلوم الجنس والنوع والصفة كحظنة مقيمة وسط أو نمر فارسي جيد ، وأن يكون معلوم القدر بالكيل أو الوزن أو العدد أو الذرع ، وأن يكون مما يمكن أن يضبط قدره وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف إلا تفاوت يسير . فلو كان مما لا يمكن ، ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش ، لا يجوز السلم فيه . فيجوز السلم إذن في الكميات والموزونات لأنها من ذوات الأمثال ، وفي العدييات المتقاربة كالجوز ، البيض لأن الجهالة فيها يسيرة وصغيرها وكبيرها سواء فلا يجري النزاع في ذلك القدر من التفاوت بين الناس عادة ، وفي الذرعيات كالثياب والبسط والحصير لأن الناس تعاملوا السلم فيها لحاجتهم إلى ذلك ولأنه إذا بين الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض بتقارب التفاوت فليحق بالمثل في باب السلم . ولا يجوز السلم في العدييات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلي والجلود والبطيخ والقشاء والسفرجل والرمان ، وما . لأنه لا يمكن ضبطها بالوصف ، أو يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفها وقدرها جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة . ويجب في السلم فيه أيضاً أن يكون مما يتعين بالتعيين ، فإن لم يكن كالبراهم والدنانير ، لم يجوز السلم فيه ، لأن السلم فيه مبيع والمبيع يجب أن يتعين بالتعيين ، كما يجب أن يكون المسلم فيه مؤجلاً ، حتى لا يجوز السلم في الحال عند الحنفية ، وعند الشافعي هذا ليس بشرط ، وسلم الحال جائز . وجه قوله أن الأجل شرع نظراً للمسلم إليه - ابتاع - تمكيناً له من الاكتساب ، فلا يكون لازماً كما في بيع العين . واحتجت الحنفية بأن السلم حالا يفضي إلى المنازعة لأن السلم بيع المفايس ، فالظاهر أن يكون المسلم إليه عاجزاً عن تسليم المسلم فيه ورب السلم يطالب بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع معه الحاجة إلى المسخ . وبأن الترخيص في السلم هو تغيير الحكم الأصلي وهو حرمة بيع ماليس عند الإنسان إلى الحل بعارص عذر العدم ضرورة الإفلاس ، فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم الرخصة فيبقى الحكم فيها على العزيمة الأصلية . ولومات المسلم إليه قبل الأجل ، حل

الدين . ويجب أن يكون نوع المسلم فيه موجوداً من وقت العقد إلى وقت الأجل ، فإن لم يكن النوع موجوداً عند العقد أو عند محل الأجل ، أو كان موجوداً فيها لكنه انقطع من أيدي الناس فيما بين ذلك كالثمار والفواكه واللبن وأشباه ذلك ، لا يجوز السلم . وهذا عند الحنفية ، وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الأجل دون وقت العقد . أما الثمن - رأس المال - في السلم ، فيجب فيه أيضاً بيان جنسه ونوعه وصفته ، كدنانير نيسابورية جيدة وتمر برني وسط . ويجب أن يكون مقبوضاً في مجلس السلم ، لأن المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض رأس المال يكون افتراقاً عن دين بدين ، وإنه منهي عنه لما روى أن النبي عليه السلام نهى عن بيع بالكالء الكالء أى النسيئة بالنسيئة . ويشترط القبض ما إذا كان رأس المال ديناً أو عيناً عند عامة العلماء استحساناً ، والقياس ألا يشترط القبض في المجلس إذا كان عيناً ، وهو قول مالك . وجه القياس أن اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين ، وهذا افتراق عن عين بدين ، جاز . وجه الاستحسان أن رأس مال السلم يكون ديناً عادة ولا تجعل العين رأس مال السلم إلا نادراً ، والتادر حكمه حكم الغالب فيلحق بالدين .

ويتبين مما قدمناه أن السلم ، بما أحاطه من قيود ، أصبح عقداً خاصاً يتميز عن سائر العقود . وأهم القيود التي تحيط به أربعة : (١) يجب قبض رأس المال ، أى الثمن ، في مجلس العقد . (٢) يجب أن يكون نوع المبيع موجوداً من وقت العقد إلى وقت حلول الأجل ، ولا يجوز أن ينقطع فيما بين هذين الوقتين . وهذا الشرط ، في رأينا ، يعوض انعدام ذات المبيع وقت العقد ما دام نوعه موجوداً ، فكأن السلم يرد لا على معدوم ، بل على موجود بالنوع لا بالذات . ويندرج تحت هذا الشرط أن يكون المسلم فيه (المبيع) مما لا يحتمل انقطاعه ، ويرجع ذلك في الغالب إلى الخشية من الضرر ، فإن الشيء الذي ينقطع نوعه لا يخلو التعامل فيه من غرر . فلا يجوز السلم في ثمر نخلة بعينها لم ينعقد ولا في محصول أرض بالذات لم ينبت ، بل في الثمر جملة وفي المحصول عامة . وهذا من شأنه أن يجعل السلم غير صالح لإباحة بيع محصول مستقبل لأرض بالذات . (٣) ولا يجوز السلم في العدييات المتفاوتة من الحيوان والجواهر والآلي والبطيخ والقناء والرمان والسفرجل ونحو ذلك . (٤) ويجب أن يكون هناك أجل معلوم

للسلم عند الحثبة فالسلم الحال غير مرخص فيه لأنه بيع المعدوم في الحال . حتى لو ثبت أن المسلم إليه (البائع) قادر على التسليم . ذلك أن طبيعة السلم تقتضي التأجيل إلى أجل معلوم لأنه بيع المفاليس كما تقول الفقهاء ، وهو بيع بأوكس الأثمان ، إذ البائع يبيع ما ليس عنده ، فيضرب أجلاً للتسليم مع أنه يقبض الثمن في الحال ، فلزم أن يكون الثمن دون المبيع في القيمة والفرق في مقابلة الأجل (١).

١١٥ - السلم في القانون المصري : ولم يرد نص خاص ببيع السلم

في التقنين المدني المصري . وليس التقنين في حاجة إلى ذلك فقد رأينا أن بيع الشيء المستقبل فيه جائز ما دام محتمل الوجود . فيجوز إذن بيع المحصولات المستقبلية وبيع المكيلات والموزونات والعديدات المتقاربة والمتفاوتة والمذروعات وغير ذلك ، حتى لو لم توجد في الحال ، ما دامت توجد في المستقبل . والبيع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة ، فلا يشترط فيه قبض الثمن في الجنس كما يشترط ذلك في النقد الإسلامي ، كذلك لا يشترط أن يكون غير منقطع النوع ، ولا أن يكون من العديدات المتقاربة ، وذلك لأن قواعد القانون المصري تحتمل من الفرر ما لا تحتمله مبادئ الفقه الإسلامي .

وفي القانون المصري يوجد بيع مؤجل التسليم - *vente à livrer, marché à terme* - ويكثر التعامل به في البورصة ، في البضائع كالقطن وفي الأوراق ذات القيمة كالأوراق المالية المسعرة . ولكن هذا البيع لا يقابل بيع السلم ، فهو بيع

(١) فلو أن السلم في الفقه الإسلامي تحلل من هذه القيود ، وأمكن تأجيل دفع الثمن إلى وقت تسليم المبيع ، ولم يشترط عدم انقطاع المبيع من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل - حتى يجوز بيع محصول بالذات ، لا يمكن القول إن السلم هو الطريق الذي يؤدي إلى جواز بيع المعدوم في الحال في الفقه الإسلامي ما دام أنه محقق الوجود في الحال . وقد سارت المذاهب الأخرى غير المذهب الحنفي ، كما رأينا ، شوطاً في نحو هذه القيود . فبعض ما لا يشترط قبض رأس المال في مجلس العقد إذا كان رأس المال عيناً لا ديناً . ولا يشترط عند مالك والشافعي عدم انقطاع السلم به من وقت انعقد إلى وقت حلول الأجل ، بل يصح السلم في المعدوم إذا غلب على الظن وجوده وقت الوفاء .

ومع ذلك فالقيود التي لا يزال مستعملاً ، في مختلف المذاهب . هو شرط تعجيل الثمن إذا كان ديناً ، ويعتبر إليه أن الأجل يسقط بموت الدين .

مضاربة ، أما بيع السلم فقد رأينا أنه بيع المفاضل . ففي الصفقات الآجلة (marché à terme) يغلب أن يكون كل من البائع والمشتري مضارباً على الفرق في الأسعار ، فتنتهي الصفقة لا إلى التسليم حيناً بل إلى دفع الفرق ، فإن ارتفع السعر دفع البائع الفرق ، وإن نزل فالفرق يدفعه المشتري . وبعد البيع على هذا الوجه في بورصة مرخص بها ، وبحصل بواسطة سمارة مفيدة أسماؤهم في قائمة تحررها لجنة البورصة ، ويرد على بضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة (١) . أما بيع السلم في الفقه الإسلامي ، فالمفروض فيه أن شخصاً يكون في حاجة المال قبل أن ينتج سلعته فيأخذه من الغير في مقابل أن يورد له السلعة في أجل معين . فوظيفة بيع السلم الاقتصادية وهي الحصول على مال عاجل في مقابل شيء آجل (٢) ، غير وظيفة الصفقات الآجلة وهي في الغالب المضاربة على فروق الأسعار .

١١٦ - السلم في الفقه اللبناني . وقد أوردتقنين الموجبات والعقود اللبناني نصراً خاصة ببيع السلم ، تخطى فيها القيود التي أسلفنا ذكرها في الفقه الإسلامي ، إلا قيد تعجيل الثمن فإنه استبقاه ، وأضاف إليه أن يكون إثبات عقد السلم بالكتابة ولو لم تزد قيمته على النصاب المقرر للينة والقرائن .

فتنص المادة ٤٨٧ من تقنين الموجبات والعقود على أن : بيع السلم هو عقد بمقتضاه يسلف أحد الفريقين الآخر مبلغاً معيناً من النقود ، فيلزم هذا الفريق مقابل ذلك أن يسلم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة في موعد يتفق عليه الفريقان . ولا يثبت هذا العقد إلا بالكتابة . وتنص المادة ٤٨٨ على أنه : يجب دفع الثمن كله إلى البائع وقت إنشاء العقد . وإذا لم يعين ميعاد لتسليم المبيع ، اتبع العرف في تحديد هذا الميعاد (م ٤٨٩ لبناني) . وإذا لم يبين مكان التسليم ، وجب أن يكون مكان العقد (م ٤٩١ لبناني) . ويجب أن يكون المبيع معيناً بكميته أو بصفته أو بوزنه أو بكياله كالمواد الغذائية ، فإن كان مما لا حد ولا يوزن فيمكن أن يعين بوصفه وصفاً دقيقاً (م ٤٩٠ لبناني) .

(١) أنظر المادة ٧٣ من التقنين التجاري - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٤ .

(٢) فهو ضرب من بيع الاثتان ، خاصيته أن المبيع لا الثمن هو المؤجل .

ثم تنص المادة ٤٩٢ من نصين المراجبات والمقود على أنه : إذا تعذر على البائع بسبب قوة قاهرة ودون خطأ أو تأخر منه أن يسلم ما وعد به ، فليشترى أن يفسخ العقد ويسترد الثمن الذي أسلف أو أن ينظر إلى السنة التالية . وإذا عرّض البائع في السنة التالية الشيء المقود عليه البيع ، وجب على المشتري استلامه ، وليس له أن يفسخ العقد . ويسرى هذا الحكم أيضاً إذا كان المشتري قد استلم قسماً من المبيع . أما إذا كان الشيء المتعاقد عليه غير موجود ، فنطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة .

المطلب الثاني

تعيين المبيع

١١٧ - كيفية تعيين المبيع : قدمنا عند الكلام في تعيين المحل (١) أن محل الالتزام يجب أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .

فاذا وقع البيع على شيء معين بالذات ، وجب أن يوصف الشيء وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . فاذا باع شخص داراً ، وجب أن يبين موقعها وأوصافها الأساسية التي تميزها عن الدور الأخرى . وإذا باع أرضاً ، وجب تحديد موقعها وبيان مساحتها وتعيين حدودها (٢) . وإذا باع آلة ميكانيكية ، وجب أن يعين نوعها وأوصافها المميزة . وقد رأينا فيما قدمناه أن المشتري يجب أن يكون أيضاً عالماً بالمبيع عالماً كافياً ، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه (م ١٩ مدني) .

أما إذا كان المبيع غير معين بالذات ، فانه يجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره (م ١/١٣٣ مدني) ، فيقال مثلاً مائة أردب من القمح الهندي من الصنف

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٣ .

(٢) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الرومانية بألا ضرورة لذكر حدود الأطليان مادام للمتقدين علم تام بموقع وحدود هذه الأطليان (١٨ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٧٧ ص ١٤٩) . وقضت أيضاً بأن يكفي لتعيين الأرض المبيعة ذكر الناحية والحوص ورقم القطعة دون بيان حدود الأرض (٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ الهامة ٢ رقم ١/١٢٢ ص ٤٨٩) .
(م ١٥ - الوسيط ج ٤)

الجيد . فاذا لم يحدد المقدار ، وجب أن يتضمن العقد ما يستطاع به تحديده (م ١٣٣/٢ مدني) ، كما إذا تعهد شخص بأن يورد أغذية معينة النوع لمستشفى معين أو لمدرسة معينة ، فالمقدار اللازم من هذه الأغذية وإن لم يحدد في العقد قابل للتحديد وفقاً لحاجة المستشفى أو المدرسة . وقد يتنصر التعيين على بيان الجنس والنوع والمقدار دون أن تذكر درجة الجودة ودون أن يمكن استخلاصها من العرف أو من ظروف التعاقد ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الصنف متوسطاً ، فلا يكون جيداً حتى لا يفن البائع ، ولا يكون رديئاً حتى لا يفن المشتري (م ١٣٣/٢ مدني) (١) .

ونرى مما تقدم أن تعيين المبيع إذا لم يكن معيناً بالذات يحصل بالتقدير ، وقد يكون البيع جزافاً . كذلك قد يكون بيع المقدرات بالعينة . أما الشيء المعين بالذات ، فيتعين بوصفه وصفاً يميزه عن غيره تمييزاً مانعاً من الجهالة الفاحشة . ولا يمنع الشيء من أن يكون معيناً أن يكون مجموعاً من المال كما في بيع التركة . فنبحث على التوالي : (١) البيع بالتقدير والبيع الجزاف (٢) البيع بالعينة (٣) بيع التركة .

§ ١ - البيع بالتقدير والبيع الجزاف

(vente au poids, au compte ou à la mesure — vente en bloc)

١١٨ - كيف يكره البيع بالتقدير : رأينا أن المبيع إذا كان من المثليات ، وجب أن يعين وزناً أو كيلاً أو مقياساً أو عدداً . فاذا باع شخص

(١) وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص يقرر كيفية تعيين المبيع المعين بالنوع فقط ، وهو المادة ٨٥٨ هـ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا لم يتعين الشيء المبيع إلا بنوعه ، وجب أن يكون هذا الشيء معيناً تعييناً كافياً ، عدداً أو وزناً أو كيلاً أو مقياساً » . ويقابل هذا النص المادة ٢٦١/٣٢٨ من التقنين المدني السابق ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « فاذا كان المبيع معيناً بالنوع فقط ، لا يكون للبيع معتبراً إلا إذا كان التعيين يطلق على أشياء يقوم أحدها مقام الآخر ، وكان المبيع معرقاً بالوجه الكافي عدداً أو قياساً أو وزناً أو كيلاً بحيث يكون رضا المتعاقدين المبني عليه صحيحاً » . ولا فرق في الحكم بين النصين . وقد حذف نص المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من الفوائد العامة (محرومة الأعمال التحضيرية : ص ١٤ - ص ١٥ في المامش)

من آخر مائة أقة من السكر فهذا بيع بالتقدير عن طريق الوزن ، أو باع متين أردباً من القمح فهذا بيع بالتقدير عن طريق الكيل ، أو مائتي ذراع من القماش فهذا بيع بالتقدير عن طريق المقاس ، أو خمسمائة بيضة فهذا بيع بالتقدير عن طريق العدد .

ونرى من ذلك أن المبيع إذا احتاج في تعيينه إلى وزن أو كيل أو مقياس أو عدد ، كان البيع بالتقدير ، لأن المبيع لا يتعين إلا بعد أن يقدر وزناً أو كيلاً أو مقياساً أو عدداً . ويتم التقدير في المكان والزمان المتفق عليهما ، وإذا لم يكن هناك اتفاق اتبع العرف ، وإلا ففي مكان تسليم المبيع وفي الوقت الذي يجب فيه التسليم . ويجب أن يكون تقدير المبيع - الوزن أو الكيل أو المقاس أو العدد - واقعاً من البائع أو نائبه بمحضر من المشتري أو نائبه (١) .

١١٩ - كيف يكون البيع الجزاف - نص قانوني : وإذا كان الشيء

مما يوزن أو يكال أو يقاس أو يعد ، ولكن المبيع لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، فالبيع جزاف . فإذا باع شخص من آخر جميع كمية السكر أو القمح أو القماش أو البيض التي توجد في مخزنه ، وعين المخزن تعييناً كافياً ، فإن البيع لا يكون في هذه الحالة بالتقدير ، بل يكون جزافاً .

ويكون البيع جزافاً أيضاً حتى لو باع نصف أو ربع الكمية الموجودة بالمخزن

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ - أنسيكلوبيدي دالموز ٥ لفظ vente فقرة ٨٥٣ - فقرة ٨٦٠ - ويصح تباعاً للعرف أن يكون إثبات إفراز المبيع بوضع علامة على أكياس القطر مثلاً . وتكون مصروفات الوزن والكيل والمقاس والمدة عادة على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ ص ٣٧٦) .

وقد يتم التقدير بغير محضر المشتري أو نائبه ، كما إذا تم الوزن بميزان معتمد (القبان) وجرى العرف بذلك ، أو سلم المبيع إلى حامل النقل فإن هذا التسليم يستخلص منه اتفاق ضمني بين البائع والمشتري على أن التقدير يتم بتسليم المبيع إلى حامل النقل ، وهذا مالم يشترط المشتري أن التسليم لا يتم إلا بعد وصول البضاعة إليه وتسليمها من حامل النقل . أنظر في هذه المسألة : أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٤١ ثانياً - بودري وسينيا فقرة ١٥٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠١ - أنسيكلوبيدي دالموز ، لفظ vente فقرة ٨٥٧ - فقرة ٨٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٦٥ .

أو أى جزء شائع فيها ، فيكون للمشتري هذا الجزء الشائع من الكمية الموجودة بالمخزن (١).

ويبنى البيع جزافاً كذلك إذا هو باع كل ما فى المخزن أو جزءاً شائعاً منه ، ولو كان قد قدر المبيع بمقدار معين ، كما إذا باع كل ما فى المخزن من قمح أو نصفه على أنه مائة أردب . فالبيع فى هذه الحالة قد وقع على كل القمح الموجود فى المخزن أو على نصفه ، فهو بيع جزاف (٢) ، وإذا تبين أن الكل أو النصف ينقص عن مائة أردب أو يزيد فهذه مسألة ضمان سنعرض لها فيما بعد .

وما دام المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فالبيع جزاف ، حتى لو احتاج الثمن إلى التقدير (٣) ، فإذا باع شخص كل القمح الذى فى مخزنه بسعر الأردب خمسة جنيهات ، فإن البيع فى هذه الحالة يكون بيعاً جزافاً ، لأن المبيع لا يحتاج فى تعيينه إلى تقدير فهو كل القمح الذى فى المخزن وإن احتاج الثمن إلى تقدير لأنه لم يعين إلا على أساس سعر الأردب فوجب لتحديد جملته أن يكال القمح الذى فى المخزن ليعرف مقداره . وهناك رأى يذهب إلى أن البيع فى هذه الحالة يكون بالتقدير ، مادام الثمن يحتاج فى تحديده إلى تقدير ولو كان المبيع لا يحتاج إلى ذلك . ويقول أصحاب هذا رأى إنه قبل تحديد الثمن لا يتم البيع لانعدام عنصر جوهرى فيه هو الثمن إذ هو لم يتعين ، والذى يتم إنما هو عقد غير مسمى وليس بعقد البيع . والصحيح أن الذى تم فى فرضنا هذا هو عقد بيع لا عقد غير مسمى ، والثمن غير منعدم ويكفى إذا لم يكن معيناً أن يكون قابلاً للتعيين ، وهو هنا قابل للتعيين بتحديد مقدار المبيع (٤) . وقد حسم التقنين الملتئى الجديد هذا الخلاف ، فنصت

(١) بودرى ومينيا فقرة ١٥٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - ص ٣٧٣ .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٤٣ - بودرى ومينيا فقرة ١٥٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٥٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤٩ ص ١٢٦ .

(٣) استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٣/٢٢ ص ٤٠ - شين الكوم ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ١/٣٨٥ ص ٧٨٢ - استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٧ - ٢٨ فبراير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١٦٦ .

(٤) وإذا أخذنا بالرأى الأول فى القانون الفرنسى ، فإن تبعة هلاك المبيع قبل تقدير الثمن تكون على البائع ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا بعد تقدير الثمن . ومن القائلين بهذا =

المادة ٤٢٩ منه على أنه إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحو الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع (١) .

== الرأي : ماركاديه م ١٥٨٥ - م ١٥٨٦ فقرة ١ - فقرة ٢ - هيث ١٠ فقرة ١٨ - بودرى وسبينا فقرة ١٤٨ - فقرة ١٥٠ - أما إذا أخذ بالرأى الثاني ، ففيل تقدير الثمن يتحمل المشتري نعمة الهلاك في القانون الفرنسي دون القانون المصري ، وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري في القوانين ومن القائلين بهذا الرأي : أوبري ورو د فقرة ٣٤٩ ص ٢٣ وهامش رقم ٤٣ - ج ار ١ فقرة ٣٠ - يمان ١١ فقرة ١٦١ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩٩ ص ٣٧٢ - كولان وكايت ٢ ص ٥٦٠ - الأستاذ أوبري فقرة ١٥٧ - أرنتس دس أحمد تحت اهلال وحامد زكي فقرة ٥٣٣ . والقضاء الفرنسي أخذ به . تردد بالرأى الثاني (انظر الأحكام في بلايول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٢ هامش ٤ - أنسيكويبي دي دكتور ه لفظ vente فقرة ٨٤٩ وفترة ٨٥١) .

وهناك رأى في الفقه الفرنسي يذهب إلى أن المبيع إذا كان جزافاً والثمن هو الذي يمتنع إن تقدير ، فلكية المبيع الجزاف تنتقل إلى المشتري بمجرد انعقد ، ولكن تبعة ذلك تكون على البائع وفقاً للمادة ١٥٨٥ فرنسي فهو تجعل تبعة اهلاك على البائع في المبيع بالتقدير ولا تعرض لانقزال الملكية (ديراكتور ١٦ فقرة ٩٢ - ديخرجه ١ فقرة ٨٣ وما بعدها - لوران ٢٤ فقرة ١٣٩ - كوليه دي سانيير ٧ فقرة ٧ مكررة ثانياً) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٩٩ من المشروع اتمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - ينقل ابيع من تلقاء نفسه ملكية الشيء المبيع وفقاً للمادة ٢٨٠ إذا كان هذا الشيء معيماً بالذات . أما إذا كان الشيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بفرزه وفقاً للمادة ٢٨١ .
٢ - إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري كما تنتقل في الشيء المعين بالذات . ويكون البيع جزافاً حتى لو كان واجبا في تحديد الثمن أن يقدر المبيع . » وفي جنة المراجعة حذفت الفقرة الأولى لأنها مستفادة من القواعد العامة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٢ في المشروع الهائى . ووافق مجلس النواب عليها ، ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٤ - ص ٤٦) .

ويقابل النص في التقنين المدنى السابق المادة ٢٤٠/٣٠٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : إذا كان البيع جزافاً فيعتبر تاماً ولو لم يحصل وزن ولا عدد ولا كيل ولا مقياس - والمادة ٢٤١/٣٠٧ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : أما إذا كان البيع ليس جزافاً ، بل كان بالوزن أو بالعدد أو بالكيل أو بالمقاس ، فلا يعتبر البيع تاماً ، بمعنى أن المبيع يبقى في ضمان البائع إلى أن يوزن أو يكال أو يمس أو يقاس - والمادة ٢٦٨/٣٣٨ ، وكانت تجرى على الوجه الآتى : لا تنتقل ملكية المبيع المعين نوعه فقط إلا بتسليمه للمشتري . ويلاحظ أن التقنين امدى السابق وقع فيه خطأان : (أولاً) قرر أن المبيع المعين بالشرع لا يبقى في ضمان البائع إلا إلى وقت الفرز ، والصحيح أنه يبقى في ضمان البائع إلى وقت التسليم . (ثانياً) قرر أن المبيع المعين بالنوع ==

ونرى من ذلك أن البائع إذا باع مثلاً عشرين أردباً من القمح - سواء من القمح الموجود في مخزنه أو من أى قمح آخر يصفه وصفاً كافياً - كان البيع بالتقدير ، سواء احتاج الثمن إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات مثلاً ، أو قدر جزافاً بأن جعل ثمن العشرين الأردب مائة جنيه جملة واحدة . وإذا باع كل القمح الذى في مخزنه أو جزءاً شائعاً منه ، فإن البيع يكون جزافاً ، سواء قدر الثمن جزافاً بأن جعل مائة جنيه جملة واحدة ، أو احتاج إلى تقدير بأن جعل سعر الأردب خمسة جنيهات . فالعبرة في بيع الجزاف أن يكون المبيع هو الجزاف ، سواء قدر الثمن جزافاً أو احتاج إلى تقدير .

١٢٠ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث

انتقال الملكية : والتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف على النحو الذى قدمناه له أهمية كبيرة من حيث انتقال ملكية المبيع إلى المشتري . ففي بيع الجزاف تنتقل

= لا تنتقل ملكيته إلا بالتسليم ، والصحيح أنها تنتقل بالمقد حتى لو تم التسليم . انظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعه الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٦ .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدنى السورى المادة ٣٩٧ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى (وانظر فى القانون المدنى للسورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٥ - فقرة ٨٧) - وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤١٨ وهى مطابقة لنص المادة ٤٢٩ من التقنين المدنى المصرى - وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٢١ ، ونجربى على الوجه الآتى : إذا كان المبيع عيناً معينة بالذات أو كان قد بيع جزافاً ، نقل البيع من تلقاء نفسه ملكية المبيع ، وأما إذا كان المبيع لم يعين إلا بنوعه ، فلا تنتقل الملكية إلا بالإفراز (والحكم واحد فى التقنينين العراقى والمصرى - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٣٩ - فقرة ١٤٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٠٩ - فقرة ٣١٦) - وفى تقنين المرجبات والمقود اللباني المواد الآتية : م ٣٧٤ - يكون البيع : ١ . إما جزافاً وهو الذى يكون موضوعه مجمل أشياء مقابل ثمن واحد مع قطع النظر عن العدد والوزن والقياس ، إلا إذا كان المراد منها تعيين مجموع الثمن . . . م ٣٨٩ - إن البيع جزافاً يعد تاماً منذ اتفاق المتعاقدين على المبيع واتثمن ، وإن لم يحصل وزن أو عد أو قياس مما هو لازم لتعيين الثمن عند الاقتضاء - م ٣٩٠ - إذا كان البيع بالوزن أو بالعد أو بالقياس ، فإن البيع يبقى في ضمان ساع إلى أن يتم الوزن أو للعد أو القياس . وانظر أيضاً المادة ٣٩٧ . (والأحكام واحدة فى التقنينين اللباني والمصرى) .

ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع كما في سائر البيوع (١). أما في بيع التقدير فلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد انعقاد البيع، ولكن تنتقل بإفراز المبيع وزناً أو كيلاً أو مقاساً أو عدداً على الوجه الذي قدمناه. وإفراز لا البيع هو الذي ينقل الملكية، لأن الملكية لا يتصور انتقالاً إلا في شيء معين بالذات، ولا يتعين المبيع بالذات في بيع التقدير إلا بالإفراز. ولما كان الإفراز يتم عادة وقت التسليم، فإن العمليتين - الإفراز والتسليم - تختلطان إحداهما بالأخرى، ويبدو أن الذي ينقل الملكية هو التسليم. لكن إذا تأخر التسليم عن الإفراز، فإن الملكية تنتقل بمجرد تمام الإفراز وقبل أن يتم التسليم (٢).

ويستخلص مما تقدم أنه إذا باع شخص القمح الذي في مخزنه، سواء بسعر إجمالي أو بسعر الوحدة ففي هذا البيع الجزاف تنتقل ملكية القمح الموجود في المخزن إلى المشتري بمجرد انعقاد البيع (٣). أما إذا باع عشرين أردباً من القمح الموجود بمخزنه أو الموصوف بأوصاف مميزة، سواء باعها بسعر إجمالي أو بسعر الوحدة، فإن ملكية العشرين الأردب لا تنتقل إلى المشتري إلا عند إفراز هذا المقدار وإعداده للتسليم، سواء سلم للمشتري أو لم يسلم (٤).

ويترتب على أن الملكية تنتقل بمجرد انعقاد البيع في بيع الجزاف أن ثمرات المبيع وما يطرأ عليه من زيادة - نبيع قطيع من اعم أو مساحة معينة من أرض تنتج محصولاً - من وقت انعقاد البيع تكون للمشتري، إذ أن هذه الزيادة

(١) فإذا وقع بيع الجزاف على عقار، كبيع قطعة أرض محددة تزحف من مجيء أكبر، فإن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل. وقد يباع العقار بالتقدير، كما في بيع ألف متر مثلاً تفرد من قطعة أرض معينة (استئناف مخطط ٩ فبراير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١١٩). فلا تنتقل الملكية إلا بعد الإفراز والتسجيل.

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥ في الخامس. (٣) فإذا باع شخص محصول أرضه جزافاً مرتين متعاقبتين لشخصين مختلفين، فالبيع الأول هو الذي ينقل الملكية، ويقدم على البيع الثاني (استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٣٠).

(٤) فإذا باع شخص محصول أرضه بالتقدير لا جزافاً، وبعد جني القطن ولكن قبل أن يوزن ليسلم للمنتهى حجز عليه أحد دائي البائع، فالحجز يقع صحيحاً، لأن ملكية القطن لم تكن وقت المحجز قد انتقلت إلى المشتري (استئناف وطني ٣٠ يناير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ١٢ ٤٨١).

طُرأت على ملكه . أما في بيع التقدير فلا تكون الزيادة للمشتري إلا بعد الإفراز ،
إذ هو لا يملك المبيع قبل ذلك (١) .

١٢١ - أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجراف من حيث

تحمل نية الهلاك : وهناك وجه آخر لأهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع
الجزاف ، ذلك هو تعيين من يتحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . ولما كان
القانون الفرنسي ينقل تبعه هلاك المبيع إلى المشتري بمجرد انتقال الملكية إليه
ولو قبل التسليم ، فإن تبعه هلاك المبيع في بيع التقدير لا يتحملها المشتري إلا بعد
إفراز المبيع أي بعد انتقال الملكية . فلو أن شخصاً باع عشرين أردباً من القمح
الذي في مخزنه ، ثم احترق المخزن بالقمح كله قبل إفراز المبيع ، فإن العشرين
الأردب الداخلة في القمح المحترق تهلك على البائع لا على المشتري لأنها لم تكن
قد فرزت ، ويتحمل المشتري من دفع الثمن (٢) . أما إذا باع صاحب المخزن جميع
القمح الذي في مخزنه جزافاً . ثم احترق القمح قبل التسليم ، فإنه يهلك على
المشتري لا على البائع ، إذ انتقلت تبعه الهلاك إليه بانتقال الملكية ، فيبقى
ملتزماً بدفع الثمن للبائع (٣) .

(١) ويترتب أيضاً على أن البيع هو بيع بالتقدير أن المشتري إذا استولى على المبيع حفية
منه لاستيلاء عليه قبل التقدير يكون مرتكباً لجريمة السرقة ، وإذا أفلس البائع قبل التقدير دخل
المبيع في التغطية ، وإذا زعت ملكية المبيع قبل التقدير للمنفعة العامة كان التعويض من حق
البائع لا من حق المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٧٣ هامش رقم ٤ — الأستاذ
عبد شاح عبد الباقي فقرة ٨٦ — الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٦٥) . ويعتبر الاشتراك
في المياه والغاز والنور وما إلى ذلك بيع جزاف لا بيع تقدير ، لأن الذي يحتاج إلى تقدير هو
الثمن لا المبيع . ويترتب على ذلك أن المشتري يملك المياه والغاز والنور بمجرد التوريد ولا يتوقف
ذلك على تقدير الكمية الموردة عن طريق العداد (انيكلويدي داللوze لفظ vente فقرة ٨٥١) .
(٢) وهذا بخلاف ما إذا باع عشرين أردباً وصفها بأوصاف مميزة ولم يقل إنها من القمح
الموجرد بالمخزن ، فإذا احترق المخزن بقي البائع ملتزماً بتسليم المشتري عشرين أردباً من القمح
الأوصاف الملتقى عليها ، ولا يعد احتراق القمح في المخزن هلاكاً للمبيع (بودري وسيينا
فقرة ١٤٩ ص ١٥٠) .

(٣) عليك ١٠ فقرة ١٦ — بودري وسيينا فقرة ١٤٩ — وتبقى الصعوبة العملية في تقدير
الثمن ، وقد يكون متوقفاً على تقدير القمح وقد استحال لاحتراقه . وعلى البائع عبء إثبات =

أما في مصر فنرى أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع لا على المشتري ، حتى لو انتقلت الملكية إلى المشتري . فهلاك الشيء قبل التسليم ، سواء في بيع الجزاف أو في بيع التقدير قبل الإفراز أو بعده ، يكون في القانون المصري على البائع ، فلا أهمية إذن للتمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من هذا الوجه . لكن الأهمية تظهر فيما إذا أعذر البائع المشتري لتسليم المبيع ، فإن تبعه الهلاك بعد الإعذار تكون ، حتى في القانون المصري ، على المشتري لا على البائع . فلو باع شخص كل القمح الذي في مخزنه جزافاً ، وأعذر المشتري لتسلم هذا القمح ، ثم احترق القمح قبل أن يتسلمه المشتري ، فاهلاك على المشتري لا على البائع . ولو باع شخص عشرين أردباً من القمح الذي في مخزنه ، ثم أعذر البائع المشتري لحضر الإفراز فلم يفعل ، ثم احترق المخزن بما فيه من القمح قبل أن يتم الإفراز ، فإن تبعه الهلاك في بيع التقدير هذا تكون على البائع لا على المشتري ، لأن المبيع لم يتعين بالإفراز . يهلك على البائع .

١٢٢ - لافرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث الآثار

الالتزامات الشخصية : وفيما عدا انتقال الملكية وتحمل تبعه الهلاك ، لا يوجد فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث أن كلا منهما ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المتبايعين . فبيع التقدير حتى قبل إفراز المبيع ، وبيع الجزاف حتى قبل تحديد الثمن إذا كان لا يتحدد إلا بالتقدير ، كلاهما عقد بيع تام ، وليس عقداً غير مسمى . فينشئ عقد البيع هذا جميع الالتزامات التي ينشئها البيع ، ولا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف في ذلك ، ولا بين البيعين وبيع العين المعينة بالذات .

قضى بيع التقدير ، كما في بيع الجزاف ، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وبضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشتري بدفع الثمن والمصروفات وبحضور إفراز المبيع وتسليمه . فلو أن شخصاً باع من آخر عشرين أردباً من القمح ، كان للمشتري إجبار البائع على تسليم هذا المقدار ، أو الحصول على

= مقدار القمح الذي احترق ليثبت مقدار الثمن المستحق في ذمة المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٢٧٤) .

مثله على نفقة البائع بعد استئذان القاضى أو دون استئذانه فى حالة الاستعجال (م ٢٠٥ مدنى). وكان للبائع إجبار المشترى على تسليم المبيع ودفع الثمن. وكان لكل من المتبايعين طلب تعويض من الآخر عما قد يحدث له من ضرر بسبب عدم تنفيذ هذه الالتزامات، وكان لكل منهما أن يطلب فسخ البيع إذا تحقق سبب للفسخ (١).

§ ٢ - البيع بالعينة

(vente par échantillon)

١٢٣ - **النصوص القانونية:** تنص المادة ٤٢٠ من التقنين المدنى على ما يأتى :

- « ١ - إذا كان البيع بالعينة ، وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها .
- « ٢ - وإذا تلفت العينة أو هلكت فى يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ ، كان على المتعاقد بائعاً كان أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابق للعينة أو غير مطابق » (٢) .

ولا مقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق ، ولكنه متفق مع القواعد العامة .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٥١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٠ ص ٢٧٤ -
وهمقد جوسران موازنة بين بيع المذاق وبيع التجربة وبيع التقدير . فبيع المذاق مجرد وعد بالبيع ،
ينقلب يماً بارتضاء المبيع بعد المذاق . وبيع التجربة بيع مطلق على شرط واقف أو شرط فاسخ ،
ينقلب يماً باتاً بارتضاء المبيع بعد التجربة . وبيع التقدير بيع بات ، ولكن تنفيذه مرجأ
الى وقت تقدير المبيع (جوسران ٢ فقرة ١٠٦٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٦٠ من المشروع التمهيدى على وجه قريب
ما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، ببعض فروق لفظية . وقد أزيلت بعض هذه الفروق
فى لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٢٢ فى المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ،
ثم مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٠ بعد إزالة بقية الفروق اللفظية (مجموعة الأعمال التحضيرية :
ص ٢١ و ص ٢٢ - ص ٢٤) .

المادة ٣٨٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٩ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥١٨ - وفي تقنين المروجات والعقود اللبناني المادة ٤٤٤ (١) .

١٢٤ - المبنة طريق نصيب المبيع : قد يختار المتابعان طريقاً دقيقاً لتعيين المبيع ، فيقدم أحدهما - ويكون غالباً هو البائع - بعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . فيعطى بائع القماش مثلاً للمشتري عينة من القماش الذي يبيعه . إياه تكون عادة قصاصة من هذا القماش ، أو يعطى بائع القطن أو القمح أو الورق أو نحو ذلك عينة مما يبيعه يحتفظ بها المشتري حتى يضاوى عليها ما ينسلمه من البائع من قطن أو قمح أو ورق أو غير ذلك (٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٨٨ (مادة ٤٢٠) من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى زروق فقرة ٤٦ - فقرة ٥٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٠٩ (مطابقة للمادة ٤٢٠ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥١٨ : ١ - الأشياء التي تباع على منقضى بمودجها ، تكون رؤية النموذج فيها . فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي اشترى على منقضى ، كان المشتري مخيراً بين قبوله بالتمن المسمى أو رده بفسخ البيع . ٢ - فإذا تبين أن النموذج أو هك في يد أحد المتعاقدين ، ولو دون خطأ منه ، كان على هذا المتعاقد بحسب ما يكون دائماً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له .

(والأحكام واحدة في التقنينين العراقي والمصري ، فيما عدا أن جزاء عدم المطابقة للنموذج في القانون العراقي الفسخ أو الأخذ بالتمن المسمى ، أما في القانون المصري فالفسخ أو إنقاص الثمن أو إجبار البائع على تقديم شيء مطابق للعينة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٧٧ - ٨٠ - الأستاذ عباس حسن الصراف ص ٢١٢) .

تقنين مرسات والعقود اللبناني : م ٤٤٤ - إذا انعقد البيع بحسب نموذج فالبايع يضمن وجوب صفات النموذج في البضاعة المبينة . وإذا هك أو ناله عيب ، فكل المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري ، فيما عدا أن عيب إثبات عدم المطابقة للنموذج في حالة هلاكه تقع دائماً ، في التقنين اللبناني ، على المشتري ولو كان النموذج في يد البائع وضاع أو تلف ، وفي التقنين المصري يكون عيب إثبات المطابقة في هذه الحالة على البائع) .

(٢) أنظر البيع بالنموذج في الفقه الإسلامي ابن عابدين ٤ ص ١٠١ - الأستاذ مصطفى الزرقا - فقرة ٥٢ .

والعينة تغني عن تعيين المبيع بأوصافه (١) فهي المبيع مصغراً، وبمضاهاة المبيع على العينة يتبين إن كان البائع قد نفذ التزامه تنفيذاً سليماً فيما يتعلق بجنس المبيع ونوعه وجودته وغير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها . وهي في الوقت ذاته تغني عن رؤية المبيع، إذ أن المشتري برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع . وقد جاء النص الخاص بالعينة (م ٤٢٠ مدني) تالياً للنص الخاص برؤية المبيع أو العلم به (٤١٩ مدني) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص نص المادة ٤٢٠ مدني : « هذا النص جديد لا نظير له في التقنين الحالي (السابق) ، وهو يعالج حالة يكون البيع فيها على أساس نموذج يتفق عليه المتعاقدان ، فوجب أن يكون المبيع كله مطابقاً لهذا النموذج . وقد يحدث أن المشتري لا يكون قد سبق له رؤية المبيع راكتفى برؤية النموذج ، وهذا ما يجعل للمسألة اتصالاً بخيار الرؤية ، وهو موضع النص السابق » (٢) .

والمشتري هو الذي يحتفظ بالعينة عادة ، ولكن لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن يحتفظ بها البائع .

١٢٥ - وجوب مطابقة المبيع للعينة : ويجب أن يحىء المبيع مطابقاً للعينة مطابقة تامة ، وللمشتري أن يرفض المبيع أو أى جزء منه لا يكون مطابقاً لها (٣) ، حتى لو أثبت البائع أن المبيع أعلى صنفاً أو أجود من العينة ذاتها ، فقد تم الاتفاق على أن يكون المبيع مطابقاً للعينة فليس للبائع أن يقدم شيئاً يخالفها ولو كان أفضل (٤) .

كذلك متى جاء المبيع مطابقاً للعينة لا يستطيع المشتري رفضه ، ولو وجدته غير ملائم لحاجته (٥) . بل ليس للمشتري ، في الأشياء التي تجرب عادة أو مذاق ،

(١) نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ .

(٣) استئناف مخطط ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٥٧١ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٥) نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٦ ص ٧٣٠ -

استئناف مخطط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٤٤ .

أن يرد المبيع المطابق للعينه ، ولو وجدته بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم ، فما دام المبيع مطابقاً للعينه وجب على المشتري قبوله (١) . ولكن ذلك لا يمنع من رجوع المشتري على البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع (٢) .

وإذا وقع نزاع ، مع وجود العينه ، فيما إذا كان المبيع مطابقاً لها أو غير مطابق ، فإن البائع هو الذى يحمل عبء إثبات أن المبيع مطابق للعينه (٣) . ويجوز اللجوء إلى الخبراء فى ذلك ، ولكن رأى الخبير غير ملزم للقاضى (٤) .

١٢٦ — جزاء عدم مطابقة المبيع للعينه : قلنا أن المبيع إذا لم يجيء مطابقة للعينه ، لم يجبر المشتري على قبوله . وينفتح أمامه ، جزاء على عدم المطابقة ، أبواب ثلاثة :

أولاً — يستطيع أن يطالب بالتنفيذ العيني ، فيجبر البائع على تسليمه شيئاً آخر يكون مطابقاً للعينه (٥) . بل يستطيع المشتري أن يحصل على شيء مطابق

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٨ ص ١٦٢ — ومع ذلك فقد أفضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري إذا احتفظ بالعينه يكون هو المكلف بإثبات عدم مطابقة المبيع لسنة (١٢ أبريل سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٣٥) . وقد فرقت محكمة الاستئناف المختلطة بين البيع على مقتضى عينه (vente sur échantillon) والبيع على أساس نموذج (vente sur type) . ففى البيع الأول يجب أن يجيء المبيع مطابقاً كل المطابقة للعينه ، أما فى البيع الثانى فيكون أن يشتمل المبيع على العناصر الأساسية التى يقوم عليها النموذج حتى لو وجدت فروق بسيطة بين المبيع والنموذج مادام المبيع صالحاً للغرض المخصص له (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٥٣) . وانظر الأستاذ أنور سلطان ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٠٥ ص ٣٨٠ .

هذا وليس المشتري ملزماً بمجرد تسليم البيع أن يضاهيه على العينه وأن يخطر البائع بعدم مطابقتها لها فى ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت تسليم البيع ، فإن هذا الالتزام إنما يقوم فيما بين منسليم للبضاعة وأمين النقل والوكيل بالعمولة وفقاً لأحكام المادة ٩٩ من التقنين التجارى ، وتقابل المادة ١٠٥ من التجارى الفرنسى (كولان وكايبثان ٢ فقرة ١٠٩ ص ٩٦) .

(٥) ذلك أننا نعتبر العينه طريقاً من طرق تعيين المبيع كما سبق القول ، فالبيع بالعينه بيع بات (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٠٩) . راجع مطابقة المبيع لعينه شرطاً وفقاً —

للعينة على نفقة البائع بعد استئذان القاضي ، أو دون استئذانه في حالة الاستعجال
(م ٢٠٥ مدني) .

ثانياً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني ، أن يفسخ البيع
لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من تقديم شيء مطابق للعينة (١) . ويجوز فوق ذلك
أن يطلب المشتري من البائع تعويضاً عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذ البائع
لالتزامه ، وذلك وفقاً للقواعد العامة .

ثالثاً - ويستطيع ، بدلا من المطالبة بالتنفيذ العيني أو المطالبة بالفسخ ،
أن يقبل المبيع غير المطابق للعينة ويطلب إنقاص الثمن إذا كانت قيمة المبيع أقل
من قيمة الشيء المطابق للعينة (٢) .

= أو شرطاً فاسخاً يعلق عليه البيع حتى يقال إنه إذا لم تتحقق هذه المطابقة سقط البيع أو انقسخ .
أنظر مع ذلك في أن البيع بالعينة بيع معلق على شرط فاسخ الأستاذ جيل اشرفاوي فقرة ٢٨
ص ٦٢ - ص ٦٣ ، أو بيع معلق على شرط واقف محكمة الاسكندرية الوطنية ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢
المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ٢٢٤ .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « والبائع على كل حال مسئول
عن مطابقة المبيع للنموذج . فان اختلفت هذه المطابقة ، جاز للمشتري أن يرفض تسليم المبيع ،
وأن يفسخ البيع لعدم قيام البائع بالتزامه . وتتفق التقنيات الأجنبية في هذا الحكم : أنظر
التقنين اللبناني م ٤٤٤ ، والتقنين الألماني م ٤٩٤ ، والتقنين البولندي م ٣٢١ ، والتقنين
البرازيلي م ١١٣٥ ، والتقنين الصيني م ٣٨٨ ، والتقنين السوفيتي م ٢٠١ (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٤ ص ٢٢) .

(٢) استئناف مختلط ١٤ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٤٦ ص ١٨٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣٠٩ - ولكن المشتري ، وإن جاز له اختياراً قبول المبيع مع إنقاص الثمن ، لا يمكن
إجباره على هذا القبول . وقد قضت محكمة النقض بأن البائع لا تبرأ ذمته إلا إذا قدم بضاعة تطابق
العينة التي جرى التعاقد عليها ، فن الخطأ القول بأنه إذا امتنع كل البائع أن يحصل على بضاعة
من العينة المتعاقد عليها كان عليه أن يورد ما يستطيع الحصول عليه فإن كان دون العينة جودة
أو نقاوة التزم بفروق الثمن لمصلحة المشتري (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥
رقم ٣٤٩ ص ٦٧٩) . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان الفرق بين
المبيع والعينة طفيفاً ولا يؤثر في جودة المبيع أو في صلاحيته ، لم يكن هناك وجه إلا لتقصي
الثمن (استئناف مختلط أول مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ١٨٦ - أنظر أيضاً الأستاذ عبد الفتاح
عبد الباقى فقرة ٣٠ ص ٤٨ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٢٦) .

١٢٧ - إثبات العينة : وقد يحتاج أحد المتبايعين إلى إثبات العينة إذا نازع فيها المتبايع الآخر ، وتعرض مسألة الإثبات في فرضين :

(الفرض الأول) أن يكون المطلوب إثباته هو ذاتية العينة ، فهي في يد المشتري أو في يد البائع ، والطرف الآخر ينكر أنها هي ذاتها العينة المتفق عليها . وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن من كانت في يده العينة يكون هو المدعى عليه والآخر هو المدعى . فعلى هذا الآخر يقع عبء إثبات أن الشيء الذي في يد الأول ليس هو ذات العينة المتفق عليها (١) ، وهذا ما لم تكن هناك علامة متفق عليها بين الطرفين وقد وضعت على العينة ، فوجود هذه العلامة يكتفى لإثبات ذاتية العينة (٢) .

(والفرض الثاني) أن تكون العينة قد فقدتها من كانت بيده أو تلفت أو هلكت ، ولو دون خطأ من أحد . فإن كان ذلك وهي في يد المشتري ، كما هو الغالب ، وادعى هذا أن المبيع غير مطابق للعينة ، فعليه هو أن يثبت ذلك فإن البائع لا يد له في ضياع العينة ، فهو على دعواه من أن المبيع مطابق لها ، حتى يثبت المشتري العكس . وإن كانت العينة في يد البائع ، وادعى المشتري أن المبيع غير مطابق لها ، فعلى البائع أن يثبت المطابقة . ويكون الإثبات من الطرفين بجميع الطرق ، بما في ذلك البينة والقرائن (٣) .

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٠٩ ص ١٦٣ .

(٢) وقد أخذ تقنين الالتزامات السويسرى مبدأ أن من يؤتمن على العينة يصدق بقوله ، وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وبمضى التقنين السويسرى (م ٢٢٢) بتحديد من يكلف بإثبات ذاتية النموذج ، وعندئذ أن من يؤتمن على النموذج يصدق بقوله ، سواء أ كان البائع أم المشتري ، وعلى الطرف الآخر أن يثبت العكس . وقد أثر المشروع ترك هذه المسألة خاضعة للقواعد العامة في الإثبات (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢ - وقد يهلك المبيع - لا العينة - بسبب أجنبي وهو في يد المشتري ، فعلى المشتري إثبات أن هلاك المبيع كان بسبب أجنبي وأن المبيع غير مطابق للعينة ، وعند ذلك لا يكون البيع قد انقصد ، ويكون الهلاك على البائع (استئناف مخطط ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٢) .

وقد رأينا أن تقنين الموجبات والعقود البناني (م ٤٤٤) يحمل عبء الإثبات على المشتري دائماً ، دون تمييز بين ما إذا كان النموذج قد هلك في يد المشتري أو في يد البائع (انظر آنفاً ص ١٢٣ في الهامش) .

§ ٣ - بيع التركة

(vente d' hérédité)

١٢٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« من باع شركة دون أن يفصل مشملاتها لا بضمن إلا ثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » .

وتنص المادة ٤٧٤ على ما يأتي :

« إذا بيعت شركة ، فلا يبرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه الشركة . فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .

وتنص المادة ٤٧٥ على ما يأتي :

« إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للتركة من الديون ، أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استوفى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » .

وتنص المادة ٤٧٦ على ما يأتي :

« يرد المشتري للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويجب للبائع كل ما يكون دائئاً به للتركة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » (١) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٩ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠٠ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤٠٧) .

م ٤٧٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٠ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥٠١ في المشروع النهائي . ثم أقره مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٠٩

— ص ٢١٠) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٤٣٨/٣٥٠ (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٤١ - ٤٤٤ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٦٢ - ٤٦٥ - ولا مقابل لها في التقنين المدني العراقي ولا في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

م ٤٧٥ : ورد هذا النص في المادة ٦٤١ من المشروع التمهيدي من وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، مع العبارة الآتية في المشروع التمهيدي : « إذا كان البائع قد قبض حلة بعض أعيان الشركة » . وقد حذفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، لا لنسخ حكمها ، بل اعتبر الحذف تعديلاً لفظياً ، وأصبحت المادة رقمها ٥٠٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١١ - ص ٢١٢) .

م ٤٧٦ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٢ من المشروع التمهيدي من وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن المشروع ورد فيه : « يرد المشتري للبائع .. كل ما يكون دائماً به الشركة » . فعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة إلى العبارة الآتية : « ويجب للبائع كل ما يكون دائماً به الشركة » ، وهي أكثر دقة ، فإن البائع إنما يرجع يديه كل الشركة ولا يسترده من المشتري . وأصبحت المادة رقمها ٥٠٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب : فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ - ص ٢١٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٣٨/٣٥٠ : يدخل في بيع استحقاق الشركة ما لها من لديون والفوائد المقبوضة والمصاريف والديون المدفوعة من وقت افتتاح الشركة ، ما لم يكن هناك شرط بخالف ذلك .

(وأحكام التقنينين السابق والجديد واحدة) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤١ - ٤٤٤ (مطابقة للمواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٠ فقرة ٢٩٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٢ - ٤٦٥ (مطابقة للمواد ٤٧٣ - ٤٧٦ من التقنين المدني لمصرى) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل فيه ، ولكن يمكن الأخذ في العراق بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون ص ٣٧٨ - ص ٣٨٣ - وص ٣٨٩ - ص ٤٠٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل فيه . ويمكن الأخذ أيضاً في لبنان بالأحكام الواردة في التقنين المصري لاتفاقها مع القواعد العامة .

١٢٩ - صور مختلفه لبيع التركة : ليس المقصود من بيع التركة أن يبيع شخص مجرد حق احتمالي في التركة ، بل يجب في القليل أن يبيع حصة في التركة موجودة ولا يستطيع ذلك إلا إذا ضمن للمشتري أنه وارث . فإذا ضمن صفته هذه ، فهو يبيع حصة في مجموع من المال ، بعد أن تستزل منه ديون التركة فان الوراثة لا تنتقل إليه هذه الديون . وهو في الوقت ذاته يبيع تركة مفتوحة لا تركة مستقبلية ، فقد رأينا أن التعامل في التركات المستقبلية باطل . ومن ثم يجب أن نستبعد من بحثنا هذا صوراً ثلاثاً : (١) بيع حق احتمالي في تركة دون ضمان صفة الوراثة . (٢) بيع تركة مستقبلية . (٣) بيع عين بالذات من أعيان التركة ، فهذا غير بيع التركة التي هي مجموع من المال لأعيان معينة بالذات ولو استغرقت كل التركة (١) ، وسنبحث في مكان آخر بيع الوراثة لعين من أعيان التركة قبل مداد الديون .

ويبقى بعد ذلك أن نبحث الصورتين الآتيتين : (١) بيع الوراثة حصة في التركة لأجنبي غير وارث . (٢) بيع الوراثة حصته في التركة لوارث آخر ، وهذا هو التخارج (٢) .

١ - بيع الوراثة حصته في التركة لأجنبي غير وارث

أولاً - حكم هذا البيع فيما بين الطرفين :

١٣٠ - التزامات مع الجانبين : يتعقد هذا البيع بالتراضي كسائر البيوع فإذا ما انعقد صحيحاً ، رتب التزامات في ذمة الوراثة الهائت ، والتزامات مقابلة في ذمة المشتري الأجنبي . وهي بوجه عام الالتزامات التي ترتب في كل بيع .

(١) الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١٢٦ ص ٢٨٦ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع الفهيدى : « بيع الوراثة نصيبه من التركة هو بيع لمجموع من المال ، بما يشمل عليه من حقوق وديون . وهو أهم من التخارج المعروف في الشريعة الإسلامية ، فإن التخارج مقصور على بيع الوراثة نصيبه لباقي الورثة ، أما هذا البيع فقد يكون لوارث أو لغير وارث » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٨) .

فالتزامات الوارث البائع هي نقل ملكية حصته في الشركة إلى المشتري ، وتسليمها لإياه ، وضمان ثبوت وراثته . والتزامات المشتري هي دفع الثمن ، وود ما هي أن يكون الوارث البائع قد وفاه من ديون الشركة ، وحساب ما هي أن يكون هذا الوارث البائع دائماً به للشركة .

١٣١ - نقل ملكية الحصة المبيعة للمشتري : يلتزم البائع بنقل ملكية حصته في الشركة - أو جزء منها - للمشتري . والمنقول ملكيته هنا هو مجموع من المال (universalité) ، لا مال معين بالذات (١) . ومن ثم تنتقل الملكية بمجرد البيع ، ويحل المشتري محل الوارث في حصته (٢) ، ولا حاجة في ذلك للتسجيل حتى لو اشتملت الحصة المبيعة على عقار . ولكن لا تنتقل ملكية عقار بالذات إلى المشتري ، حتى فيما بين الطرفين ، إلا بالتسجيل (٣) . وإلى هذا تشير

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع الاستحقاق في شركة يجب أن ينصب على مجموع من الأموال المختلفة، فإذا باع الوارث استحقاقه في شيء معين أو في أشياء معينة بحيث يمكن تسليم المبيع للمشتري بدون حاجة إلى قسمة الشركة ، فلا يعتبر ذلك بيع استحقاق في شركة ، بل يعتبر بيعاً عادياً (١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٤٠ ص ١٠٨)

(٢) وذلك من وقت البيع دون أثر رجعي (أنسيكلويدى والوزا لفظ cession des droits suc. فقرة ٨٥) . وإذا كان المشتري يحل محل الوارث في ملكية حصته ، فإنه لا يحل محله في صفة كوارث ، بل يبقى الوارث البائع محتفظاً بهذه الصفة . وقد تترتب آثار على احتفاظ الوارث للبائع بصفة الوارث ، كما إذا كان المورث مؤمناً لمصلحة ورثته أو منشأً لوقف جعل ورثته فيه مستحقين، فيبقى للوارث البائع صاحب الحق في مبالغ التأمين أو يبقى مستحقاً في الوقف، ولا تنتقل حقوقه هذه مع حصته التي باعها للمشتري الأجنبي (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٤ ص ٦٠٤ - الأستاذ مصطفى الزرنا فقرة ٢٩٣ ص ٣١٦) . ولا يصبح المشتري بشرائه حصة الوارث وارثاً ، فإن صفة الوارث لا تنتقل إليه كما قلنا . ويترتب على ذلك أنه لو كان المورث بنت هامت حصتها في الميراث لابنها ، فإن ابن البنت لا يصبح فرعاً وارثاً ولا يحجب ابن العم مثلاً . انظر في أن صفة الوارث لا تنتقل إلى المشتري المالكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ - وفي أن الوارث البائع يبقى محتفظاً بصفة الوارث جيوار ٢ فقرة ٨٥٩ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ناكاً ص ١٧١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٥٨ ص ٤٥٥ .

(٣) المالكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ - ويسبق ذلك تسجيل إتمام الوارثة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٢) .

المبارة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني عندما تقول : « فاذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفي هذه الإجراءات » . أما المنقولات بذواتها فتنتقل ملكيتها إلى المشتري بمجرد البيع ، فيصبح المشتري مالكا في الشيوع مع بقية الورثة للمنقولات الموجودة في التركة بمقدار حصة الوارث البائع ، ولا حاجة في ذلك إلى التسليم . وإذا كان في التركة حقوق شخصية في ذمة مدينها ، فهذه الحقوق تنتقل أيضاً إلى المشتري بملكها شائعة مع بقية الورثة بمقدار حصة الوارث البائع . ولا حاجة هنا أيضاً إلى إعلان مدين التركة أو قبولهم ، فإن الحوالة تنقل الحق إلى المحال له دون حاجة إلى إعلان المدين أو قبوله . وسنرى أن هذا الإعلان أو القبول لازم لصيرورة الحوالة نافذة في حق مدين التركة وفي حق الغير (١) .

أما إذا كان على التركة ديون ، فهذه لا تنتقل إلى المشتري كما تنتقل الديون في حوالة الدين . وذلك لأن القاعدة المعروفة ، وهي ألا تركة إلا بعد سداد الدين ، تمنع من انتقال الديون إلى الوارث . فالمشتري ، عندما يشتري حصة الوارث ، اشتراها خالصة من الديون التي على التركة ، وقبل أن يأخذ شيئاً من التركة يجب وفاء هذه الديون منها . فاذا وفيت الديون جميعاً خلص للمشتري حصة الوارث التي اشتراها ، دون أن ينتقل إليه شيء من هذه الديون (٢) .

١٣٢ - تسليم الوارث البائع مستثناة منه للمشتري : ويلتزم الوارث البائع بأن يسلم ما اشتملت عليه حصته في التركة من عقارات ومنقولات وحقوق شخصية وغير ذلك إلى المشتري . ويدخل في ذلك جميع الثمرات والريع

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٠ .
(٢) وفي القانون الفرنسي أيضاً لا تنتقل الديون إلى المشتري ، بل يبقى الوارث مسئولاً عنها ويرجع بها على المشتري . ولكن ليس ذلك لأن ديون الوارث لا تنتقل إلى الوارث ، فهي تنتقل إليه في القانون الفرنسي ، ولكن لا يمكن نقلها بعد ذلك فيما بين الأحياء من الوارث إلى المشتري لأن حوالة الدين غير معروفة في القانون الفرنسي (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٩٣ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ cession des droits succes. فقرة ٦٢) .

والمنتجات التي نشأت عن هذه الأموال من وقت افتتاح الشركة إلى وقت التسليم سواء كان البائع قد قبضها أو لم يقبضها ، فإن كان قد قبضها وجب عليه ردها للمشتري . ويدخل أيضاً - ما لم يبرجدا اتفاق صريح مخالف - ما عسى أن يكون الوارث قد استوفاد من الديون التي للشركة (١) ، وثمن ما عسى أن يكون قد باعه من مشتريات الشركة للغير قبل أن يبيع حصته (٢) ، وما عسى أن يكون قد استهلكه من هذه المشتريات لاستعماله الشخصي (٣) . وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٤٧٥ مدني ، فهي تقول كما رأينا : « إذا كان البائع قد استوفى بعض ما للشركة من الديون أو باع شيئاً مما اشتملت عليه ، وجب أن يرد للمشتري ما استوفى عليه ، ما لم يكن عند البيع قد اشترط صراحة عدم الرد » . أما إذا كان قبل بيع حصته قد تبرع بشيء من مشترياتها ، فالأصل أن يرد قيمتها للمشتري (٤) ما لم يتفق معه على ألا يرد شيئاً .

ويلتزم الوارث أن يسلم المشتري مشتريات حصته في الحالة التي تكون عليها وقت بيع الحصة ، لا وقت موت المورث أي وقت افتتاح الشركة . وإذا كانت قيمة هذه المشتريات قد زادت بسبب تحسينات أنفق عليها الوارث ، كترميمات وإصلاحات وتعمير ونحو ذلك ، فهذه كلها تكون للمشتري ، إذ هي قد دخلت

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٢ .
(٢) أما ببيع حصته ، فإنه لا يستطيع أن يبيع من أجنبي شيئاً من مشتريات الشركة . هذا ولا يرد إلا ثمن ما باعه ولو كان أقل من قيمته ، لأنه وقت أن باع كان يبيع ما يملك إذ لم يكن قد باع حصته من الشركة ، فلا يكون مسئولاً إلا عما قد جاء من الكسب أى الثمن الذى قبضه (بودرى وصينا فقرة ٨٧٥ ص ٩٠٤) .

(٣) أنبكلويدى دالوز ١ لفظ *cession des droits succes* فقرة ٧٢ - أوبرى ورو .
فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ .

(٤) فقد استفاد منها ، إذ كان يتبرع من ماله الخاص لو لم يجد مال الشركة تحت يده . وقد كان هذا هو الحكم في القانون الرومانى وفي القانون الفرنسى القديم (بودرى وصينا فقرة ٨٧٦ - وانظر أيضاً : أوبرى ورو . فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بلانچول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٨٥٧ - أنبكلويدى دالوز ١ لفظ *cession des droits succes* فقرة ٧٤ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٦١٩ ص ٦٣٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٢٢ - الأستاذ عبد المنعم البدواوى فقرة ٤١٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٨٧ هامش رقم ١) .

في الحساب عند تقدير الثمن . وقد يكون الوارث قد حصل بعد موت المورث على تأمين لدين للتركة كرهن أو كفالة ، فهذا التأمين يكون للمشتري ، فقد اعتد به عند حساب الثمن (١) . كذلك إذا كانت مشتملات الحصة المبيعة قد أصابها تلف أو هلك بعضها ، فهذا كله يتحملة المشتري ، لأن هذا الهلاك أو التلف لا بد أن يكون قد حسب حسابه عندما حدد الثمن . ويستوى أن يكون التلف أو الهلاك قد حدث بسبب أجنبي أو بخطأ من الوارث ، ففي الحالتين قد دخل في الحساب (٢).

وإذا كان حق من حقوق التركة قد انقضى باتحاد الذمة بسبب الميراث ، فإن هذا الحق ، بعد أن باع الوارث حصته ، يعود إلى الوجود وينتقل إلى المشتري سواء كان الحق شخصياً أو عينياً . مثل الحق الشخصي أن يكون الوارث مديناً للمورث ثم يرثه فينقضي الدين باتحاد الذمة ، ثم يبيع حصته ، فيعود الدين في ذمته للمشتري (٣) . ولكن الكفالة الشخصية أو العينية التي انقضت باتحاد الذمة لا تعود ، حتى لا يضار الكفيل وهو من الغير . وهذا بخلاف الرهن الذي يكون الوارث المدين نفسه قد قدمه ، فإنه يعود مع الدين ، مع الاحتفاظ بحقوق الغير التي ترتبت لهم على العين المرهونة . ومثل الحق العيني أن يكون على عقار للمورث حق ارتفاق لمصلحة عقار مملوك للمورث ، فينقضي حق الارتفاق هذا باتحاد الذمة عند الميراث ، فإذا باع الوارث حصته عاد حق الارتفاق إلى الوجود لمصلحة العقار المرتفق الذي انتقل إلى المشتري . وهذا ما لم يكن الوارث قد

(١) بودوى سينا فقرة ٨٧٧ وفترة ٨٨٢ .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٩ - بودوى وسينا فقرة ٨٧٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ١٥٧ - أما إذا كان التلف قد حصل بفش من الوارث ، بأن يكون مثلاً قد أطلع المشتري على مشتملات التركة ثم أخفى بعضها أو أتلفه عمداً أو تعدد عدم قطع التقادم أو عدم قيد الرهن أو عدم تجديده القيد ، فإن كان ذلك قبل بيع الحصة اعتبر قديماً من جانب الوارث يجعل البيع قابلاً للإبطال ، وإن كان بعد بيع الحصة اعتبر إخلالاً من جانب المورث بالتزاماته كبائع فيستوجب مسئولية العقدية (أنظر بودوى وسينا فقرة ٨٨٠) .

(٣) وسرى أن الوارث إذا كان دائناً للمورث ثم ورثه ، ثم باع حصته في الميراث . فإنه يستبقى حقه في الرجوع على التركة بالدين الذي له عليها ، ولا ينقضي هذا للدين باتحاد الذمة (م ٤٧٩ مدني) : أنظر مايل فقرة ١٣٤ .

باع عقاره المرتفق به غير مثقل بحق الارتفاق قبل بيع الحصة ، ففي هذه الحالة لا يبرء حق الارتفاق حتى لا يضار المشتري لهذا العقار ، وبغلب أن يكون هذا قد دخل في حساب ثمن الحصة (١) .

ولا يدخل في مشتريات التركة ما ليست له قيمة مالية مقصودة ، إذ المفروض أن المشتري إنما اشترى القيمة المالية لحصة الوارث . فلا يدخل ما يصيب الوارث من أوراق المورث الشخصية وأوسمته وبراءات الرتب والأوراق المثبتة للنسب والشهادات المدرسية والصور العائلية وما إلى ذلك ، هذا ما لم يكن لهذه الأشياء قيمة مادية أدخلها المشتري في حسابه باتفاق خاص مع الوارث (٢) . كما لا يوجد ما يمنع من أن يتفق الوارث مع المشتري على استثناء بعض مشتريات التركة من البيع وإن كان لهذه المشتريات المستثناة قيمة مالية ، فيستثنى الوارث مثلاً بعض منقولات التركة أو داراً كان يسكن فيها وما إلى ذلك . ولا بد أن يكون الاتفاق على هذا الاستثناء اتفاقاً صريحاً ، ويفسر تفسيراً ضيقاً ، فلا يتناول إلا الأشياء التي ذكرت دون توسع .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودرى وسينيا فقرة ١٨٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٦٠ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦٥ . أما إذا كان لعقار الوارث حق ارتفاق على عقار في التركة وانقضى باتحاد الذمة ، ثم باع الوارث حصته ، فإن حق الارتفاق يعود لمصلحته وينقل العقار المرتفق به كما كان .

وقد يقع أن يبيع الوارث حصته في الميراث مع وجود وصية تركها المورث بثلاث تركته مثلاً . فالمفروض في هذه الحالة أن الوارث باع حصته بعد استئصال الوصية ، أي باع حصته في ثلثي التركة لافي التركة كلها . فإذا تبين بعد ذلك أن الوصية باطلة ، وأن الوارث تنازل حصته كل التركة لاثلاثها فقط ، فالظاهر أن الوارث يستبق حصته في ثلث التركة إذ هي لم تدخل في البيع . على أن المسألة مرهونة بنية المتعاقدين . فإن كان الوارث قد أراد أن يبيع كل حصته في التركة على تقدير أن الوصية صحيحة ، فإنه يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطالب الوارث بما زاد في حصته بسبب بطلان الوصية على أن يزيد له في الثمن بنسبة الزيادة . وإن كان الوارث عند بيعه ل حصته قد دخل في تقديره احتمال بطلان الوصية وما يترتب على بطلانها من زيادة حصته ، وأدخل ذلك في حسابه عند تحديد الثمن ، فإن البيع يكون احتمالياً من هذه الناحية ، وإذا أبطلت الوصية كان للمشتري ما زاد في حصة الوارث دون أن يزيد شيئاً في الثمن (قارب بودرى وسينيا فقرة ٨٠٥) .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش ٤ مكرر - بودرى وسينيا فقرة ٨٨٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٦٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكي فقرة ٦٢٢ .

١٣٣ - الضمان : رأينا أن المادة ٧٣ مدني تنص على أن « من باع

تركة دون أن يفصل مشتلاتها لا يضمن إلا ثبوت وراثته ، ما لم يتفق على غير ذلك » . فالوارث عندما يبيع حصته في التركة لا يبيع أموالاً معينة بالذات ، ولكنه يبيع حصته في مجموع من المال أبياً كانت قيمة هذا المجموع . وهذا هو الذي يميز بيع التركة عن غيره من البيوع . فالوارث إذن لا يضمن للمشتري أن يدخل في حصته أى مال معين ، أو أن تكون لهذه الحصة قيمة معينة . فإذا كان المشتري قد حسب وقت شرائه للحصة أن مالاً معيناً سيدخل في هذه الحصة ولم يدخل ، إما لأنه دخل في حصة غير بائعه من الورثة وإما لأنه لم يدخل في التركة أصلاً إذ استرده المستحق له ، فانه لا يرجع على الوارث بضمان الاستحقاق . وإذا دخلت العين في الحصة المبيعة ، وتبين أن بها عيباً خفياً ، لم يضمن الوارث للمشتري هذا العيب . وإذا تبين أن قيمة الحصة أقل مما قدره المشتري ، بل إذا تبين أن التركة مستغرقة بالديون فليست لحصة الوارث أية قيمة ، أو أن حصة الوارث هي الربع لا الثلث ما لم يكن هناك غلط جوهري في قيمة البيع ، لم يرجع المشتري بالضمان على الوارث ، لأن البيع هنا عقد احتمالي كما قدمنا ، وقد أقدم المشتري عليه بعد البحث والتحصيل ، فهو الذي يجنى الكسب ويحمل الخسارة (١) .

فلا يضمن الوارث إذن للمشتري إلا شيئاً واحداً ، هو أنه وارث ، أى ثبوت وراثته في التركة (٢) . فيضمن أولاً أن التركة قد فتحت فعلاً ، لأنه إذا تبين أن الوارث قد باع تركة مستقبلية فالبيع باطل كما قدمنا . وبضمن بعد ذلك أنه يرث في هذه التركة ، فإذا تبين أنه ليس من الورثة فانه يكون قد باع ما لا يملك ، ويكون البيع قابلاً للإبطال وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير ، ويجوز للمشتري قبل أن يسترد الوارث الحقيقي أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع واسترداد الثمن الذي دفعه مع التعويض إن كان وقت أن اشترى الحصة مجهل أن البائع ليس بوارث . وبضمن الوارث البائع أخيراً أى عمل من أعماله الشخصية

(١) كذلك لا يضمن الوارث ملاءة مدين التركة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٦) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٢٠٨ .

التي تتعارض مع كونه وارثاً باع حصته ، كأن بيع هذه الحصة مرة أخرى ، أو أن يبيع شيئاً من مشتملاتها ، أو أن يستوفى ديناً لها .

على أنه يجوز الاتفاق على تشديد هذا الضمان ، فيشترط المشتري على الوارث أن يضمن له قيمة معينة للحصة إذا نزلت دفع الوارث الفرق للمشتري (١) ، أو أن يضمن له دخراً مال معين بالذات في الحصة المبيعة . وقد يكون هذا الاتفاق ضمناً ، كأن يفصل المشتري مشتملات الحصة التي يشتريها ، فيذكر أنها تشتمل على كذا وكذا من العقارات والمنقولات والحقوق والأموال الأخرى . فكل ما ذكر يكون الوارث ضامناً لدخوله في الحصة المبيعة ، وإذا لم يدخل لأي سبب رجع المشتري على الوارث بضمان الاستحقاق (٢) . بل قد يرجع أيضاً بضمان العيب ، إذا اشترط ذلك صراحة أو ضمناً .

وجوز الاتفاق على تخفيف الضمان فيشترط الوارث على المشتري مثلاً أنه لا يضمن وجود ورثة آخرين معه ، أباً كان عديم ومهما بلغ مقدار حصصهم . بل يجوز الاتفاق على عدم ضمان الوارث لثبوت وراثته أصلاً ، فيكون ما يبيعه الوارث في هذه الحالة هو مجرد احتمال أن يكون وارثاً . ويظهر ذلك بوجه خاص في تحديد الثمن ، فإن العقد في هذه الحالة يصبح عقداً احتمالياً محضاً ، ويكون الثمن مخفضاً تخفيضاً يواجه هذا الاحتمال (٣) .

(١) وقد يؤخذ ذكر قيمة الحصة في عقد البيع قرينة على أن المشتري قد اتفق مع الوارث على ضمان هذه القيمة (قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٩٢٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٥) .

(٢) أوبري ورو ه فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٩٦ .

(٣) انظر في كل ذلك بودري وسينيا فقرة ٨٨٦ - فقرة ٨٩١ - وإذا اشترط للوارث أنه لا يضمن حتى ثبوت وراثته ، وثبت بعد ذلك أنه ليس بوارث ، لم يضمن ، ولكن يجب عليه أن يرد الثمن الذي أخذه ، إلا إذا اشترط أيضاً عدم رده (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٨) . ومع ذلك إذا ثبت غش الوارث وأنه كان يعلم وقت البيع أنه ليس بوارث ، وجب عليه رد الثمن والتعويض حتى لو اشترط عدم الضمان (أوبري ورو ه فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٦٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٩ ص ٤٥٩ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٩٦) .

١٣٤ - التزامات المشتري : يلتزم المشتري أن يدفع للوارث الثمن المتفق

عليه والمصروفات والفوائد ، شأنه في ذلك شأن كل مشتري آخر (١) . ويلتزم فوق ذلك أن يرد للوارث ما عسى أن يكون هذا قد دفعه من تكاليف التركة . فما دفعه الوارث في تجهيز الميت - المورث - وفي ضريبة التركات التي تقع على حصته الميعة وما إلى ذلك من تكاليف يسترده من المشتري ، لأن هذه هي العناصر السلية لمجموع المال الذي اشتراه المشتري من الوارث .

أما ديون التركة فهذه لا يلتزم بها المشتري ، لأن الوارث نفسه لا يلتزم بها ، وذلك وفقاً للمبدأ المقرر في الشريعة الإسلامية وهو يقضى بالأتركة إلا بعد سداد الدين (٢) . فالتركة هي التي تقوم بسداد ديونها أولاً ، وما بقي بعد ذلك فهو ميراث ، والوارث إنما باع حصته في هذا الميراث بعد استئصال الديون . ولكن يجوز أن يكون الوارث قد دفع من ماله حصته في دين على التركة ، فيرجع بما دفعه على المشتري ، لأن هذا قد استفاد بما دفعه الوارث ، إذ خلصت له الحصة دون أن يستزل منها هذا الدين . كذلك قد يكون الوارث دفع ما يصيب حصته في وصية تركها المورث ، فهنا أيضاً ولنفس السبب يرجع الوارث على المشتري بما دفع . وهناك رسم يدفع على انتقال التركة للوارث ، وهو رسم على انتقال الملكية من المورث إلى الوارث ويسمى رسم الأيلولة . فهذا يدفعه الوارث في مقابل انتقال حصته في التركة إليه ، ولا يرجع به على المشتري ، لأنه هو

(١) والتمن مضمون بحق امتياز على الحصة الميعة ، ويجب قيد هذا الامتياز بالنسبة إلى المقاربات (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٠ ص ٤٥٩) - وإذا كان الوارث البائع قاصراً واشتملت حصته على عقارات ، وكان في الثمن فيما يقابل المقاربات غبن يزيد على الخمس ، جاز طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل . وتقوم المقاربات بحسب قيمتها وقت البيع ، وتوازن هذه القيمة بجزء من الثمن بنسبة قيمة المقاربات إلى قيمة مجموع مشتلات الحصة لمعرفة ما إذا كان هناك غبن يزيد على الخمس (م ٤٢٥ مدني) : انظر بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٧ - أنسيكلوبيدي دالوز ١ لفظ cession des dr. succes. فقرة ٤٣ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٦٢١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٤٧ - الأستاذ سليم - نفس فقرة ٢٩٨ .

الذى استفاد منه فقد انتقلت إليه ملكية الحصة واستطاع بذلك أن يبيعها (١) .
أما المشتري فيدفع رسم البيع الذى انتقلت بموجبه ملكية الحصة إليه من الوارث ،
وهذا الرسم يدخل فى مصروفات البيع التى يلتزم بها المشتري (٢) .

وقد يكون للوارث دين فى ذمة المورث ، فهذا الدين يلتزم به التركة
ولا ينقضى بانحاد الذمة لأن ديون المورث لا تنتقل إلى ذمة الوارث . فيكون
للوارث أن يطالب التركة بماله من الدين ، ويتحمل المشتري نصيب الحصة
المبيعة فى هذا الدين ، أى أنه يحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ويتحمل
المشتري نصيبه فى ذلك باعتباره مالكا للحصة المبيعة . وإلى هذا كله تشير
المادة ٤٧٦ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول : « يرد المشتري للبائع ما وقاه هذا
من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة ما لم يوجد اتفاق
يقضى بغير ذلك » .

فيجوز إذن الاتفاق على تشديد هذه الالتزامات أو على تخفيفها . يجوز
مثلا الاتفاق على أن يدفع المشتري رسم الأيلولة ، فهذا تشديد فى التزامات
المشتري . كما يجوز الاتفاق على ألا يرد المشتري للبائع ما وقاه هذا من ديون
التركة أو الوصايا ، أو على ألا يحسب للوارث البائع ما كان دائناً به للتركة ،
وهذا تخفيف فى التزامات المشتري .

(١) ولكن من ناحية قوانين الضرائب يكون المشتري مشعلا بالتضامن مع الوارث البائع
عن سداد هذه الضريبة ، إذا تم البيع قبل مضي عشر سنوات من وقت افتتاح التركة . فقد نصت
المادة ٤٥ من قانون ضريبة التركات الصادر فى ٢١ أغسطس سنة ١٩٤٤ على أنه « يجب على كل
من يشتري عقاراً أو أى حق آخر من الحقوق العينية آيلاً إلى البائع من تركة أو من وصية ، ولم
يكن قد مضى على وفاة المورث أو الموصى أكثر من عشر سنوات ، أن يتثبت قبل التعاقد من
الوفاء بالرسوم المطلوبة للحكومة ، وإلا كان مشعلا بالتضامن مع الوارث البائع عن وفاء الرسوم
المتأخرة . وكل من يشتري منقولات ببيع علمه بعدم وفاء رسوم الأيلولة يكون مشعلا بالتضامن
عن دفعها مع الوارث البائع » (انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٤ ص ٤٢١) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٢٥٩ ثالثاً ص ١٧٠ - بودرى وسبينا فقرة ٨٩٤ - بلانيول
وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ .

ثانياً - حكم هذا البيع بالنسبة الى الغير :

١٣٥ - الغير هنا طوائف ثلث : يمكن تمييز طوائف ثلاث من الغير في بيع الشركة . الطائفة الأولى هم الورثة الآخرون غير الوارث البائع . والطائفة الثانية هم دائنو الشركة ومدينوها . والطائفة الثالثة هم الخلف الخاص للوارث بائع أى كل شخص تلقى من الوارث البائع حقاً على عين أو دين من مشتملات الحصة المبيعة . ولما كان الحكم يختلف بالنسبة إلى كل طائفة من هؤلاء ، فنستعرضهم متعاقبين طائفة بعد الأخرى .

١٣٦ - الورثة الآخرون : هؤلاء ليسوا طرفاً في البيع الذى تم بين الوارث البائع والمشتري ، فلا يكسبون من هذا البيع حقاً ولا يترتب في ذمتهم التزام . ولكن البيع الذى تم جعل المشتري شريكاً لهم في الشيوع في جميع مشتملات الشركة ، من عقارات ومقولات وديون ، بمقدار حصة الوارث البائع وقد حل المشتري محله بموجب البيع . فمن حقهم الاعتداد بهذا البيع ولو لم يعلن لهم ، ويتقاسمون الشركة مع المشتري باعتبارهم شريكاً لهم ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع فقد أخرج بالبائع عن أن يكون هو الشريك . ومن حق الورثة ، قبل صدور البيع من الوارث ، أن يتقاسموا مع هذا الوارث ، فتفرز حصته . ويقع البيع عليها مفرزة لاشاعة ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق المشتري من الوارث كخلف خاص ينصرف إليه أثر العقد الصادر من سلفة متعلقاً بالشيء المبيع . أما بعد البيع ، فإذا كان الورثة الآخرون لم يخطروا به ، كان من حقهم أن يتقاسموا مع الوارث البائع ، لان المفروض أنهم لا يعلمون بالبائع (١) . فإذا بدأت إجراءات القسمة ، واستطاع المشتري أن يخطرهم (٢)

(١) بودرى وسينيا فقرة ٩١٠ - ويعتبر المشتري من الوارث في هذه الحالة ، بالنسبة إلى سائر الورثة ، دائماً للوارث البائع . وقد تمت القسمة قبل أن يتدخل المشتري ، فليس له أن يظن فيها إلا في حالة الفش (م ٢/٨٤٢ مدني) - وهذا لا يمنع ، كما قدسنا ، من أن تنقسم الورثة الشركة مع المشتري ، حتى قبل أن يخطروا بالبائع ، وتكون هذه القسمة نافذة في حق الوارث البائع . (٢) والإخطار ليس له شكل خاص ، ولكن يجب إثباته إذا أنكرته الورثة وفقاً للقواعد العامة في الإثبات .

بالباع قبل أن تتم ، كان للمشتري أن يتدخل في القسمة (١) ، بل له أن يطلب إخراج الوارث من الإجراءات وأن يحل محله فيها فيكون هو المتناقص مع سائر الورثة . وإذا كان الورثة قد أخطروا بالبائع قبل إجراءات القسمة فيسألهم أن يتناقصوا مع الوارث البائع فقد باع حصته للمشتري ، ويكون المتناقص معه غير نافذ في حق المشتري . ولا يجوز للورثة أن يتناقصوا إلا مع المشتري ، فهو الذي أصبح شريكاً لهم في الشروع مكان الوارث البائع وقد أحيطوا علماً بذلك عن طريق الإخطار (٢) .

١٣٧ - دائر التركة ومبره : أما دائر التركة فيبقون ، بالرغم من بيع الوارث لحصته ، دائرين للتركة ذاتها ، لا للوارث ولا للمشتري منه كما سبق القول ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون . فيستوفون ديونهم من أموال التركة (٣) مقدمين على الورثة وعلى غيرهم من موصي لهم أو ممن يتلقى حقاً من

(١) باعتباره دائناً لأحد الشركاء وهو الوارث البائع (م ٨٤٢ / ١ مدني) .
(٢) ولما كان الوارث قد باع حصته لأجنبي غير وارث ، فإنه يجوز للورثة الآخرين قبل القسمة استرداد هذه الحصة ، وفقاً للمادة ٨٣٣ مدني وهي تنص على أن « الشريك في المقول الشائع أو في المجموع من المال أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي بطريق الممارسة ، وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمه بالبائع أو من تاريخ إعلانه به ويتم الاسترداد بإعلان يوجه إلى كل من البائع والمشتري ، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عرضه عن كل ما أنفقته » ٢ - وإذا تعدد المستردون ، فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته . انظر أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٩ ثالثاً ص ١٧٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦٠ مكررة ص ٤٦١ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣٩١ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٧١ - أنيكلويدي دالوز ١ لفظ *cession des dr. succes* فقرة ١٤٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤١ ص ٤١٨ .
كذلك إذا كان الورثة الآخرون ينازعون في وراثة الوارث الشائع ، فنحن نعلم أن يستردوا الحصة المبيعة كما يسترد أي حق متنازع فيه (الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٨٥ هامش رقم ١) .

(٣) ومن ثم لا يكون هناك محل لحالة الدين من الوارث إلى المشتري ، فإن الوارث نفسه غير مدين ، بل التركة . ويتربط على ذلك أنه لا يلزم اتخاذ إجراءات حوالة الدين (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٢ ص ٦٠٢ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٣٩ ص ١١٩٢ ، وهذا بخلاف إجراءات حوالة الحق فيجب اتخاذها لأن حقوق التركة تنتقل إلى الوارث ويؤولها إلى المشتري .

الورثة كالمشتري من الوارث البائع . وإذا سلم المشتري مشتملات الحصص المبيعة ، فإن ما تسلمه يبقى مسئولاً عن ديون الشركة ، ولدائنها أن يتبعوا هذا المال في يد المشتري وينفذوا بحقوقهم عليه ، على النحو الذي سنبينه عند الكلام في تصرف الوارث في أموال الشركة المدينة قبل صداد الدين (١).

أما مدينو الشركة فهؤلاء يكونون بالبائع مدينين للمشتري من الوارث لأن الوارث، تتقل إليه حقوق الشركة بخلاف دينها ، فيحول بالبائع هذه الحقوق للمشتري ، وتسمى القواعد العامة المتعلقة بحالة الحق . ومن أهم هذه القواعد أن الحوالة لا تكون نافذة في حق مدين الشركة إلا إذا قبلوها أو أعلنوا بها (م ٤٧٤ مدني) (٢). فإذا لم يقبلوها الحوالة ولم يعلنوا بها ، ووفروا الوارث البائع حصته من الديون التي في ذمتهم للشركة ، كان هذا الوفاء نافذاً في حق المشتري . ولا يبقى للمشتري إلا الرجوع بالضمان على الوارث البائع ، فقد قدمنا أنه ضامن لأعماله الشخصية ، واستيفائه لديون الشركة بعد بيع حصته يعتبر عملاً شخصياً من جانبه يستوجب الضمان .

١٢٨ - الخلف الخاص للوارث البائع : يمكن أن تصور أن الوارث قد باع -- بعد البيع الصادر منه للمشتري أو قبل هذا البيع -- شخص آخر شيئاً من مشتملات حصته ، عقاراً أو منقولاً أو ديناً للشركة . فيكون هذا الخلف الخاص الوارث مختبراً من الغير في البيع الصادر قبل ذلك أو بعد ذلك للمشتري حصص الوارث . ويجوز أيضاً ، بدلالة أن بيع الوارث من مشتملات حصته عيناً بالذات ، أن يبيع نفس الحصص كمجموع من المال للمشتري الآخر ، فيكون هذا المشتري الآخر من الغير أيضاً .

فهؤلاء الأغيار -- المشتري العقار المعين أو المنقول المعين أو الدين الذي للشركة أو حصص الوارث في مجموعها -- لا يبرىء منهم البيع الصادر من الوارث للمشتري ، إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت

(١) أنظر مايل فقرة ١٩٢ - فقرة ١٩٤ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٢ .

عليه التركة . وهذا ما نصت عليه سراحة المادة ٤٧٤ مدني كما رأيت ، إذ نقول ،
 ه إذا بيعت تركة ، فلا يسرى البيع في حق الغير إلا إذا استوفى المشتري
 الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة (١) . وقد حسم هذا
 النص خلافاً لا يزال قائماً في الفقه الفرنسي في هذه المسألة وأخذ بالرأي الراجح
 في هذا الفقه (٢) ، وكان هذا أيضاً الرأي الراجح في عهد التقنين المدني السابق
 ولم يكن هذا التقنين يشتمل على نص مماثل للمادة ٤٧٤ مدني (٣) .

فإذا كان الغير مشترياً لعقار بالذات من مشتملات الحصة المبيعة ، فبإزاء
 اشتراؤه قبل بيع الحصة أو بعدها ، فإن المشتري للحصة لا يقدم عليه إلا إذا سجل
 البيع في خصوص هذا العقار قبل أن يسجل مشتري العقار البيع الصادر إليه ،
 وأيهما سبق الآخر في التسجيل كان هو المقدم (٤) . ذلك أن المشتري للحصة

(١) وقد رأينا أن المادة الأخيرة من المادة ٤٧٤ مدني تنص على ما يأتي : « إذا نص
 القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات » .
 وقدما مثلاً لذلك التسجيل في العقار ، فهو واحد في نقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ،
 فوجب التسجيل حتى تنتقل ملكية عقار بالذات حتى فيما بين الوارث البائع والمشتري لحصة هذا
 الوارث (انظر آنفاً فقرة ١٣١) .

(٢) فقه الفقه الفرنسي آراء ثلاثة : رأى يذهب إلى صيرورة بيع الحصة نافذاً وسرياً البيع
 باخطار باقي الورثة هذا البيع . ورأى ثان يحمل هذا البيع نافذاً في حق الغير دون غيره إلى أنه
 إجراءات . ورأى ثالث لا يحمل هذا البيع نافذاً في حق الغير إلا باتخاذ الإجراءات اللازمة لصيرورة
 البيع نافذاً في حق الغير في العقار بالنسبة إلى عقارات الحصة المبيعة ، وفي الأول والنسبة إلى
 منقولات هذه الحصة ، وفي حوالة الحق بالنسبة إلى الديون التي لهذه الحصة . أنظر في هذه الآراء
 الثلاثة بودري وسينيا فقرة ٩٠٣ - فقرة ٩١٠ - وانظر في أن الرأي الثالث هو الرأي الراجح
 جوار ٢ فقرة ٨٦٦ - لوارن ٢٤ فقرة ٤٧٨ - أوبري ورو فقرة ٣٥٩ ثالثاً هامش رقم ٢٤ -
 بودري وسينيا فقرة ٩٠٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥٦ كولان وكايشان
 ٢ فقرة ٩٧٢ - أنسكلويدى دالوز ١ لفظ session des dr. succes. فقرة ٥٢ -
 فقرة ٥٦ . وقارن هيك في حوالة الحق ١ فقرة ٣٠٦ - بلانيول وريبير وبولامبييه ٢
 فقرة ٢٣٦٣ .

(٣) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٦٢٤ - فقرة ٦٢٥ .

(٤) وقد يكون الغير تائق من الوارث حقاً عينياً غير الملكية ، حق انتفاع أو حق ارتفاق
 أو حق رهن أو غير ذلك ، فالمبرة هنا أيضاً بالأسبقية في التسجيل أو في البيع . وقد يكون
 دائن الوارث حجز على عقار من مشتملات الحصة المبيعة ، فإذا ثبت في سجل الدائنة قبل أن يسجل
 مشتري الحصة البيع قدم على هذا المشتري (بودري وسينيا فقرة ٩٠٧) .

الوارث كما يعتبر مشترياً لهذه الحصة في مجموعها ، يعتبر كذلك مشترياً لكل عقار بالذات ولكل منقول بالذات ولكل دين بالذات تشتمل عليه هذه الحصة ، فوجب استيفاء الإجراءات الواجبة لنقل كل حق من هذه الحقوق .

وكذلك الحكم في المنقول ، تنتقل ملكيته بمجرد البيع ، فإذا كان بيع الحصة سابقاً على بيع منقول بالذات انتقلت ملكية المنقول إلى مشتري الحصة دون مشتري المنقول ، وإذا كان العكس انتقلت الملكية إلى مشتري المنقول دون مشتري الحصة . على أن أياً منهما يتسلم المنقول بحسن نية قبل الآخر تنتقل إليه الملكية بموجب الحيازة ، فيفضل على صاحبه .

وكذلك الحكم في دين للتركة ، لا تنتقل ملكيته لمشتري الحصة بالنسبة إلى مشتري هذا الدين بالذات إلا إذا قبل مدين التركة بيع الحصة أو أعلن به قبل أو قبل شراء الدين أو قبل أن يعلن به ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق .
رسم مشتري الدين على مشتري الحصة ، إذا تمكن مشتري الدين من الحصول على قبول المدين قبولا ثابت التاريخ أو أعلنه بالحوالة قبل قبول ثابت التاريخ لبيع الحصة أو إعلان هذا البيع (١) .

وكذلك الحكم أخيراً في حالة ما إذا باع الوارث حصته كمجموع لشخصين على التعاقب ، فأى المشترين لمصلحة الوارث سبق الآخر في التسجيل بالنسبة للعقارات ، أو الحيازة بالنسبة إلى المنقولات ، أو إعلان الحوالة أو التاريخ الثابت لقبولها بالنسبة إلى الديون ، كان هو المقدم . وقد يتقدم في العقارات المتأخر في المنقولات أو في الديون ، كما يجوز أن يتقدم في بعض العقارات دون بعض أو في بعض المنقولات أو الديون دون بعض ، حسبما يتفق أن يسبق إليه في الإجراءات الواجبة بالنسبة إلى كل حق .

(١) وقل مثل ذلك في حالة ما إذا حيز دائن الوارث تحت يد مدين التركة ، فإذا كان الحيز سابقاً على إعلان بيع الحصة أو التاريخ الثابت لقبول البيع من مدين التركة ، زاحم الدائن الحاجز مشتري الحصة ، وإذا كان العكس قدم مشتري الحصة على الدائن الحاجز ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الحق .

ب - بيع الوارث حصته في التركة لو ارث آخر

(التخارج)

١٣٩ - التمييز هاتين : إذا باع الوارث حصته في التركة لو ارث آخر ، كان هذا هو التخارج المعروف في الفقه الإسلامي (١) . ويجب هنا أن نميز بين حالتين : حالة ما إذا اشترى الوارث الآخر أو الورثة الآخرون حصة الوارث البائع بثمن دفعوه من ماله الخاص ، وحالة ما إذا اشتروا الحصة بثمن دفعوه من أموال التركة ذاتها .

ففي الحالة الأولى يكون شأن الوارث المشتري أو الورثة المشترين شأن المشتري الأجنبي ، فيكون لهم حقوق المشتري الأجنبي والتزاماته ، ويسرى البيع الصادر لهم في حق الغير وفقاً للأحكام التي سبق أن قررناها . فإن كل المشتري وارثاً واحداً ودفع الثمن من ماله الخاص ، استحق حصة الوارث البائع وحل محله في التركة . وإن كان المشتري كل الورثة أو ورثة متعددين ودفعوا الثمن من

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن عقد التخارج الذي أجازته الشريعة الإسلامية في أموال الميراث هو عقد يتنازل بموجبه أحد الورثة لشريكه أو لشركائه في الميراث عن نصيبه في التركة في مقابل شيء معلوم . وليس من الضروري لصحة هذا العقد أن تكون أعيان التركة معلومة للمتعاقدين ومعيّنة في العقد تعييناً تاماً (٧ يناير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٣٠ ص ٥٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه يصح التخارج حتى لو كانت التركة مدينة ، لأن بيع الوارث نصيبه في التركة يشمل الديون التي لها والتي عليها طبقاً للمادة ٣٥٠ مدني (سابق) (١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ١٤٠ ص ٢٨٧ - وانظر أيضاً نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦ ص ٣٥) . وقضت بأن عقد التخارج لا يحمل إلا من وارث الوارث ، فالبيع الصادر من وارث في حصته في التركة لغير وارث يعتبر بيع استحقاق في التركة ويجب تسجيله (٥ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٢ رقم ٢/١٩٦ ص ٩٩٢) . وقضت محكمة أجا بأن عقد التخارج ينطوي بطبيعته على بيع الوارث لنصيبه في التركة جزافاً ، وبهذا الوصف لا يضمن البائع للمشتري سوى وجود التركة من غير سائر لمشتملاتها فلا يضمن المتخارج إذن استحقاق بعض الأعيان للغير ، إلا إذا نص في عقد التخارج على الأعيان المتخارج عليها بالذات ونصيب المتخارج فيها (١٩ أبريل سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢/٥٦٨ ص ٦٩٤) .

ما لم الخاص ، ولم ينص في عقد التخرج على طريقة قسمة حصة الخارج بين الورثة المتعدين ، قسمت هذه الحصة عليهم بالسوية بينهم . وتنص المادة ٤٨ من قانون الميراث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ على هذا الحكم إذ تقول : « التخرج هو أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم . فإذا تخرج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله في التركة ، وإذا تخرج أحد الورثة مع باقيهم ، فإن كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصباهم فيها ، وإن كان المدفوع من ما لم ، ولم ينص في عقد التخرج على طريقة قسمة نصيب الخارج ، قسم عليهم بالسوية بينهم » .

أما في الحالة الثانية فإن التخرج يكون بمثابة القسمة أو الصلح لا البيع ، ذلك أن الورثة الآخرين دفعوا للوارث مالا من أموال التركة ، وتخرجوا بهذا المال على حصة هذا الوارث . وبذلك اختص الوارث المتخرج بمال معين في التركة يقابل حصته ، واختص سائر الورثة بباقي التركة ، فيكون هذا الاتفاق صلحاً أو قسمة وأفرزت بها حصة الوارث المتخرج . وبغلب أن يكون المقصود بالتخرج الصلح ، إذ يقع نزاع على استحقاق أحد الورثة ، فيتفق باقي الورثة معه على أن يأخذ مالا معيناً من التركة وينزل عن ادعائه في الميراث في باقي التركة (١) . فإذا لم يكن هناك نزاع على ميراث الوارث الخارج ، كان التخرج قسمة (٢) . وهناك قواعد مشتركة في التخرج صلحاً كان أو قسمة ، كما

(١) جاء في الزيلعي : « إن أخرجت الورثة أحدهم من عرض أو مفاد بمال ، أو من ذهب بنفضة ، أو من فضة بذهب ، صح ، قل ما أعطوه أو أكثر ، لأنه يحمل على المبادلة ، لأنه صلح من عين . ولا يمكن حله على الإبراء ، إذ لا دين عليهم ولا يتصور الإبراء من العين . وبيع المقار والعروض بالقليل والكثير جائز ، وكذا بيع الذهب بالنفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس . وفي الأثر أن تناصر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته من ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار ، وقيل على ثلاثة وثمانين ألفاً ، بمحض من الصحابة . وروى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال يتخرج أهل الميراث ، أي يخرج بعضهم بعضاً بطريق الصلح . ولا يشترط أن تكون أيمان التركة معلومة ، لأنه لا يحتاج فيها إلى التسليم ، وبيع ما لا يعلم قدره فيه جائز » (الزيلعي ٥ ص ٩ : - ص ٩٠ - وانظر أيضاً تكملة فتح القدير ٧ ص ٢٢) .

(٢) وقد تمت بحكمة الاسكندرية الابتدائية المختلطة بأنه إذا ظهر من ظروف الأحوال أن عقد التخرج لم يكن الفرض من صلحاً لوضع حد للنزاع الموجود ، فلا يعتبر إلا نزولاً =

أن هناك فروقاً في الأحكام فيما إذا كان التخارج صلحاً أو قسمة ، فنتمرّض الأمرين .

١٤٠ - أمّام مشتركة في الخارج : سواء كان التخارج صلحاً

أو قسمة ، فهو كاشف عن الحق لا منشئ له ، لأن هذه هي طبيعة كل من الصلح والقسمة ، ويترتب على ذلك ما يأتي :

أولاً - من حيث نقل الملكية : لا يتقل التخارج ملكية مال التركة إلى الوارث الخارج ، بل يتكشف الأمر عن أن الوارث الخارج يملك هذا المال مفرزاً منذ البداية عن طريق الميراث . ولما كان هذا الأثر الكاشف لاحتاجة فيه إلى التسجيل فيما بين الطرفين ، فإن التخارج لا يسجل لإنتاج أثره فيما بين الورثة ، وإن كان التسجيل ضرورياً لإنتاج أثره بالنسبة إلى الغير (١) . ويترتب على الأثر الكاشف أيضاً أن جميع الحقوق العينية التي يكون الوارث الخارج قد رتبها على الأموال الأخرى للتركة تسقط ، حتى لو كانت قد سجلت أو قيدت قبل إجراء التخارج . إذ يعتبر الوارث لم يملك شيئاً من هذه الأعيان منذ البداية ، فيكون تصرفه تصرفاً صادراً من غير مالك ، فلا ينفذ إلا بأجازة باقي الورثة (٢) .

ثانياً - من حيث التزامات الطرفين : لا تكون التزامات المتبايعين ، بل هي التزامات المتصالحين أو المتقاسمين . فلا يلتزم الوارث بنقل ملكية الأعيان إلى الورثة ، إذ يعتبرون مالكين لها منذ البداية . ولا يلتزم الورثة بنقل ملكية

= من أحد الورثة من حصته الشائعة في الميراث في مقابل شيء معين بقصد الخروج من الشيوع (١٦ أبريل سنة ١٩٢١ جازيت ١١ رقم ٢٥٩ ص ١٨٣) . انظر أيضاً بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ٣٥٥ ص ٤٥٣ ، ويشترطون حتى يكون التخارج قسمة طبقاً للنقضاء الفرنسي أن يكون من شأنه إفراز حصة كل من الورثة لا حصص بعضهم دون بعض .

(١) وتسجيل عقد التخارج لينتج أثره نحو الغير واجب ، سواء كان ذلك في عهد التقنين الجديد أو في عهد التقنين السابق . ويسبق هذا التسجيل تسجيل إشهاد الورثة (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٢) . أما في فرنسا فالمعقود الكاشفة - ومنها التخارج - لا تخضع للتسجيل حتى في إنتاج أثرها في حق الغير (بودري وسينيا فقرة ٩١١) .

(٢) وكذلك إذا تصرف الوارث في منقولات التركة ثم تخارج سقطت تصرفاته ، هذا ما لم يكن قد سلم المنقول لمشتري حسن النية فيملكه عندئذ بأجازة (بودري وسينيا فقرة ٩١٢) .

المال الذى أخذه الوارث الخارج من التركة ، إذ يعتبر مالكا له هو أيضاً منذ البداية كما قدمنا .

ثالثاً — بالنسبة إلى الغير : لا يعتبر باقى الورثة هنا من الغير ، إذ هم الذين تعاقدوا مع الوارث الخارج صلحاً أو قسمة (١) . أما دائر التركة فيبقون دائنين لها ، ولهم أن يرجعوا بديونهم على الوارث الخارج بقدر ما أخذ من أموال التركة ، ولكن يكون للوارث الخارج فى هذه الحالة الرجوع على بقية الورثة بما دفعه من ديون التركة ، لأنهم نصالحوا معه أو تقاسموا على أساس أن حصته الصافية من التركة بعد استئزال الديون هى ما أخذه من المال . أما مدينو التركة فيكونون مدينين لبقية الورثة ، كل بقدر حصته فى الميراث ، ولا شىء من هذه الديون للوارث الخارج فهو قد أخذ نصيبه من التركة ولم يدخل فيه شىء من هذه الديون (٢) . وأما الخلف الخاص ، ممن ترتب لهم حق عبنى على الأموال الأخرى للتركة من عقار أو منقول أو دين من جهة الوارث الخارج أو تصرف لهم الوارث الخارج فى حصته كمجموع من المال ، فهؤلاء تسقط حقوقهم بموجب الأثر الكاشف على النحو الذى قدمناه ، حتى لو كانوا قد سجلوا أو قيدوا عقود التصرفات الصادرة إليهم قبل التخرج .

١٤١ — الفرق بين التخرج كصلح والتخرج كقسمة: وبمختلف حكم التخرج إذا كان صلحاً عن حكمه إذا كان قسمة من وجهين :

(الوجه الأول) فى الضمان : ففى الصلح لا يضمن الوارث الخارج حتى صفته كوارث ، إذ هو يدعى الوراثة وينازعه الورثة فى ذلك ، ثم يتصلحون

(١) أما كيف يوزع باقى التركة على بقية الورثة ، وكيف تبين سهام كل وارث بما فيهم وارث الخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث فى نظير ما تخرج عليه ويقسم الباقى من التركة على السهام الباقية ، فانظر فى كل ذلك الأستاذ محمد أبوزهرة فى أحكام التركات والموارث ص ٢٦٦ وما بعدها ، وليس هنا موضع بحثها .

(٢) لكن إذا دفع مدين للتركة للوارث الخارج شيئاً من الدين الذى عليه كان هذا الدفع مبرئاً للذمة إذا كان بحسن نية ، لأنه يكون قد دفع للدائن الظاهر (بودرى وسينيا فقرة ٩١٣) . أما إذا أعلن التخرج للمدين ، فلا يعود دفعه للوارث الخارج مبرئاً للذمة .

على التخارج . فالتخارج هنا صلح لحسم النزاع ، فلا يجوز أن يتجدد النزاع بعد ذلك . أما في القسمة ، فالوارث الخارج يضمن صفته كوارث على النحو الذى بيناه في بيع التركة . وبضمن الوارث الخارج أعماله الشخصية ، سواء كان التخارج صلحاً أو قسمة .

(الوجه الثانى) في الغبن : ففي الصلح لا يرجع الوارث الخارج بدعوى الغبن على الورثة بدعوى أن المقابل الذى أخذه من مال التركة قليل ، فإن التخارج صلح ولا يستحق الوارث الخارج إلا هذا المقابل قل أو كثر (١). أما القسمة ، فيجوز نقضها إذا لحق أحد المتقاسمين غبن يزيد على الخمس (٢) ، على أن نكون العبرة في التقدير بقيمة التركة وقت القسمة . فإذا أخذ الخارج أو غيره من الورثة مالا أقل من قيمة حصته بما يزيد على الخمس ، كان له نقض القسمة ، ولبقية الورثة منع نقض القسمة باكمال الحصة الناقصة ، ويجب رفع دعوى نقض القسمة في خلال السنة التالية لوقوع التخارج (م ٨٤٥ مدنى) .

المطلب الثالث

صلاحية المبيع للتعامل فيه

١٤٢ - متى يكره الشيء صالحاً للتعامل فيه : يكون الشيء صالحاً للتعامل فيه فيصح أن يكون محلاً للبيع ، إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له لا يأتى ذلك ، وكان التعامل فيه مشروعاً أو غير ممنوع لا ينص في القانون ولا لمخالفته للنظام العام أو الآداب . وقد نصت المادة ٨١ مدنى على أن

(١) استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٤٦ - ٢١ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ - الأستاذ محمد كامل مرسى
فقرة ٢٥٠ ص ٤٧٥ .

(٢) انظر أيضاً في جواز إبطال التخارج للغلط أو التدليس أو الإكراه ، قسمة كان أو صلحاً : استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٣٥٠ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦١ (وهما المكان السابق للإشارة أيضاً) .

١٥ - كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية . ٢ - والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية . ونصت المادة ١٣٥ مدني على أنه « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » .

ويمكن أن نستخلص من هذه النصوص أن الشيء لا يكون صالحاً للتعامل فيه ، فلا يصح أن يكون محلاً للبيع ، إذا أبت طبيعته ذلك أو كان التعامل فيه غير مشروع .

١٦ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء

١٤٣ - التوسع في فهم معنى طبيعة الشيء : يجب أن نتوسع في فهم معنى « طبيعة الشيء » . فقد يكون عدم الصلاحية للتعامل راجعاً إلى طبيعة الشيء المادية ، أو لأن الشيء متصل بالشخص بحكم طبيعته القانونية أو الاتفاقية ، أو بالنظر إلى الغرض الذي خصص له الشيء .

١٤٤ - حرمة التصرفية للتعامل راجع لطبيعة الشيء المادية :

فالشيء لا يصلح للبيع إذا كان بحكم طبيعته المادية يستعصى على التعامل فيه . وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن الشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، كالشمس والهواء والبحر . فإذا أصبح التعامل ممكناً في بعض النواحي جار ، فأشعة الشمس يحصرها « الفوتوغرافي » ، والهواء يستعمله الكيمائي ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصح أن يكون محلاً للامتلاك . أما إذا كان الشيء يمكن التعامل فيه ولكن لا مالك له ، فهو مال مباح ، كالطير في الهواء والسماك في البحر ، ويملكه من يستولي عليه وعندئذ يستطيع أن يتعامل فيه .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

١٤٥- حرمة التصرفية للتعامل راجع لاتصال الشيء بالشخص:

وقد لا يصلح الشيء للبيع لأنه متصل بشخص صاحبه بحكم طبيعته القانونية اتصالاً لا يمكن معه الفكاك . مثل ذلك حق الاستعمال وحق السكنى ، فقد نصت المادة ٩٩٧ مدني على أنه « لا يجوز الزول عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي » .

وقد يكون اتصال الشيء بالشخص بحكم طبيعته الاتفاقية ، بأن يقع اتفاق يجعل الشيء متصلاً بشخص صاحبه لا يجوز له التصرف فيه . فإذا تلقى شخص هبة أو وصية ، واشترط الواهب أو الموصي ألا يتصرف الموهوب له أو الموصى له في الشيء ، فقد جعل الشرط الشيء متصلاً بالشخص بحيث لا يجوز له الزول عنه إلى شخص آخر . ويكون هذا الشرط صحيحاً إذا كان مبنياً على باعث مشروع ، ومقصوراً على مدة معقولة . فقد نصت المادة ٨٢٣ مدني على أنه « ١ - إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة . ٢ - ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير . ٣ - والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو للغير » . ونصت المادة ٨٢٤ مدني على أنه « إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحاً طبقاً لأحكام المادة السابقة ، فكل تصرف يخالف له يقع باطلاً (١) » .

١٤٦- حرمة التصرفية للتعامل راجع للفرع من الفرع المخصص للشيء:

وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (٢) أن الشيء قد يكون غير قابل للتعامل فيه بالنظر إلى الغرض الذي خصص له . فالأملك العامة لا يصح بيعها لأنها

(١) وتذاكر الأياب ، وتذاكر الجمالة المسارح والملاهي ونحوها ، وهيئات الأدوية التي ترسل للأطباء ، المفروض فيها اتفاق ضمنى على أنها شخصية لا يجوز لصاحبها بيعها . (الاستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٥) .
(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ .

مخصصة لمنفعة عامة ، فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم . م ٢/٨٧ مدني) . والمال الموقوف يقتضي الغرض الذي خصص له عدم جواز التصرف فيه . وعدم الصلاحية للتعامل هنا نسبي ، فالملك العام والمال الموقوف إذا كانا لا يصلحان للتصرف فيهما ، فهما يصلحان للإيجار . والمرجع في هذا إلى الغرض الذي خصص الشيء له ، فكل تعامل يتنافى مع هذا الغرض لا يجوز ، أما التعامل الذي لا يتنافى معه فهو جائز .

٢٥ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية

١٤٧ - المبدأ العام : قد يكون الشيء غير صالح للبيع لأن التعامل فيه غير مشروع . وقد قدمنا في الجزء الأول من الوسيط (١) أن عدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة التعامل للنظام العام أو الآداب ، وأن نص القانون الذي يمنع من التعامل يكون مبنياً على اعتبارات ترجع هي أيضاً إلى النظام العام أو الآداب . ويكون الغرض من إيراد النص إما لتوضيح حكم غامض كما في تحريم التعامل في شركة مستقبلية ، وإما لتحديد حكم غير محدد كما في تحديد الربا الفاحش ، وإما لتحريم تقضيه ظروف البلد الخاصة كما في تحريم بيع الوفاء وكما في الاتجار في الحشيش والمخدرات ، وهو على كل حال دليل على عناية المشرع بالأمر فأثر أن يورد له نصاً . فيمكن القول إذن إن البيع يكون غير مشروع إذا كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب ، سواء ورد نص في القانون بتحريمه أو لم يرد (م ١٣٥ مدني) .

وقد عرفنا ماهو النظام العام وما هي الآداب (٢) ، فلا نعود إلى ذلك .

١٤٨ - تطبيقات مختلفة : ونكتي هنا بأن نشير إلى بعض أمثلة لبيع تخالف النظام العام أو الآداب ، وقد سبق أن استعرضناها تفصيلاً (٣) . فلا

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٧ ص ٣٩٨ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٨ .

(٣) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٩ - فقرة ٢٤١ .

يجوز لأحد النزول عن حرته الشخصية ، ولا يجوز لناخب أن يبيع صورته لمرشح ، ولا يجوز لموظف عام أن يبيع وظيفته أو أن ينزل عنها لأحد ، ولا يجوز النزول عن الجنسية أو الاسم أو البنة أو الأبرة أو الأهلية أو الولاية . ولا يجوز بيع بيت يدار للعاهرة أو القمار ، أو شراء مفروشات له . ولا يجوز بيع الرتب والأوسمة والعملة الزائفة . ولا يجوز بيع الإنسان على أنه رقيق .

وكثيراً ما تنص القوانين واللوائح على عدم جواز بيع أشياء معينة أو على تقييد بيعها لا اعتبارات تنصل بالمصلحة العامة ، كالصحة والدفاع الوطني ، كما في بيع الحشيش والمخدرات والجواهر السامة والحيوانات الموبوءة والأسلحة (١) .

١٤٩ - بيع التركة المستقبلة وبيع الحقوق المتنازع فيها لعمال

القضاء - عمارة : وقد عرضنا لمسألتين من هذه المسائل بالتفصيل ، إحداهما في الجزء الأول من الوسيط (٢) وهي بيع التركة المستقبلة ، والأخرى في هذا الجزء الرابع (٣) وهي بيع الحقوق المتنازع فيها إلى عمال القضاء . فنقتصر هنا على الإحالة إلى ما قدمناه في هذا الشأن .

١٥٠ - بيع العملاء : بقي أن نبحث صورة أخيرة من صور البيع غير المشروع في حاجة إلى شيء من البيان ، وهي صورة بيع العملاء (clientèle) . فللشخص في حرفته أو في تجارته أو في مهنته الحرية عملاء ألفوا التعامل معه ، فهل يجوز له أن ينزل عن هؤلاء العملاء لغيره من أصحاب حرفته أو تجارته أو مهنته ، فيكون هذا النزول إذا كان بمقابل بمثابة بيع للعملاء ؟

(١) انظر في هذه المسألة الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكي ص ١٢٤ - ص ١٢٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ١٢٤ - ص ١٢٥ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢١٧ .

(٣) انظر آنفاً فقرة ١٠٠ - فقرة ١١٣ .

لا يوجد نص تشريعى فى هذه المسألة ، إلا النص الوارد فى القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهونها . فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه : يجب أن يحدد فى عقد البيع ثمن مقومات المحل التجارى غير المادية والمهمات والبضائع كل منها على حدة . ومقومات المحل التجارى غير المادية - كما تقول المذكرة الإيضاحية لهذا القانون - هى عنوان المحل (enseigne) ، واسمه التجارى (nom commercial) ، والحق فى اجارة المحل (droit au bail) ، والاتصال بالعملاء (clientèle) ، والسمعة التجارية (achalandage) ، والرخص وبراءات الاختراع والعلامات التجارية (propriété industrielle) . وزى من ذلك أن الاتصال بالعملاء يدخل فى مقومات المحل التجارى ، ويكون أحد عناصره التى تدخل فى البيع . ولكن يلاحظ أن صاحب المحل التجارى لا يبيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال ، بل تبعاً للمحل التجارى ذاته . أما بيع حق الاتصال بالعملاء على سبيل الاستقلال فلا يجوز ، وإن جاز أن يتعهد بائع المحل التجارى استقلالاً ألا ينافس المشتري فى هؤلاء العملاء وألا يفتح متجراً فى مكان يكون من شأنه جذب هؤلاء العملاء إليه ، وذلك بالقدر الضرورى لحماية المتجر المبيع .

وكذلك بيع عملاء الحرفة كعملاء النجار والحداد والخراط والمقاول ، وعملاء المهنة الحرة كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس والمحاسب ، على سبيل الاستقلال ، لا يجوز . ولكن ، قياساً على بيع عملاء المتجر ، يجوز بيع عملاء الحرفة وعملاء المهنة الحرة تبعاً لبيع محل الحرفة ذاته أو المكان الذى تباشر فيه المهنة الحرة . فيجوز للطبيب مثلاً أن يبيع عيادته بما فيها من أجهزة ومهمات وأدوات ، وبما تشتمل عليه من حق فى اجارة المكان ، وبمن يتصل بها من العملاء . والمحامى أو المهندس أن يبيع مكتبه على هذا النحو . بل إن مجرد بيع المتجر أو العيادة أو المكتب يفترض فيه أن حق الاتصال بالعملاء يدخل عنصراً فى البيع .

وقد تردد القضاء الفرنسى فى الأخذ بذلك ، وكان قبلاً يميز بين المتاجر والمهن الحرة ، على أساس أن عملاء المهن الحرة - كعملاء الطبيب والمحامى والمهندس - إنما يختارون من ياملونه على مقتضى اعتبارات تقوم على الثقة

المطلب الرابع

ملكية البائع للشيء المبيع

١٥١ - يجب أنه يكره الشيء المبيع مملوكاً للبائع : لما كان البائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فقد وجب أن يكون مالكا له حتى ينقل ملكيته ، لأنه إذا لم يكن مالكا لم يستطع نقل الملكية ، وفاقد الشيء لا يعطيه (١) .

ولا يمنع البائع من أن يكون مالكا للشيء أن يكون قبل البيع قد أجرد أورهنه ، فبيع الشيء المؤجر والشيء المرهون جاز ، وإنما ينتقل الشيء إلى المشتري وينتقل معه حق المستأجر أو حق الدائن المرتهن .

أما إذا صدر البيع من غير المالك ، فهذا هو بيع ملك الغير ، وهو بيع قابل للإبطال . وقد يكون البائع مالكا ولكن يخالط ملكيته حق الشركاء وذلك في بيع المال الشائع ، أو حق الورثة وذلك في بيع المريض مرض الموت ، أو حق الدائنين وذلك في بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد ديونها وفي بيع المحجور عليه والمعسر ، أو حق الدولة وذلك في بيع الأراضي الزراعية وفقاً لأحكام قانون الإصلاح الزراعي .

فنبحث إذن : (١) بيع ملك الغير (٢) بيع المال الشائع (٣) بيع المريض مرض الموت (٤) بيع الوارث لعين التركة قبل سداد ديونها (٥) بيع المحجور عليه والمعسر (٦) بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي .

بلائيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٢٥٨ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٣ - وانظر
والفقه المصري : الأستاذ أفور سلطان فقرة ١٢٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٧٦ -
الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٢ - الأستاذ جيل الشرقاوي فقرة ٣٩ - في الفقه العراقي :
الأستاذ حسن الزنون فقرة ١٠٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٣٧ - فقرة ٢٤٣ .
(١) ويتفرع على ذلك أنه إذا تبين أن المشتري كان يملك المبيع قبل أن يشتريه ثم اشتراه ،
فشراؤه باطل لأنه لا يستطيع أن يشتري ملكه . وقد قضت محكمة مصر الوطنية بأنه إذا حكم
بملكية شخص لعين متنازع عليها ، وكان المحكوم له قد اشترى هذه العين من المحكوم ضده ،
فالباع باطل لوقوعه على عين هي ملك المشتري (٤ يناير سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٥
رقم ١/١٥ ص ١٩) .

١٥١ - بيع ملك الغير

(La vente de la chose d'autrui)

١٥٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٦ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه ، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ونزولاً عن البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل . »

« ٢ - وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ولو أجاز المشتري العقد . »

وتنص المادة ٤٦٧ على ما يأتي :

« ١ - إذا أقر المالك البيع ، سرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري . »

« ٢ - وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد . »

وتنص المادة ٤٦٨ على ما يأتي :

« إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكـ مجهول أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » (١)

(١) تاريخ النصوص

م ٤٦٦ : ورد هذا النص في المادة ٢٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا بعض فروق لفظة طفيفة . وقرته لجنة المراجعة بعد إزالة هذه الفروق ، وأصبحت المادة رقم ٤٦٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٦ : (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٨٣ - ص ١٨٤ و ص ١٨٦ - ص ١٨٨) .

م ٤٦٧ : ورد هذا النص في المادة ٢٣٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٦٤/٣٣٣ و ٢٦٥/٣٣٤ و ٣٣٥ مختلط (١) .

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٤٣٤ - ٤٣٦ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤٥٥ - ٤٥٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ١٣٥ - ١٣٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٣٨٥ (٢) .

== عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٤ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

م ٤٦٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٣٤ من المشروع التمهيدي حل وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٩٥ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ و ص ١٩٤) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٦٤/٣٣٣ : بيع الشيء المعين الذي لا يملكه البائع باطل ، إنما يصح إذا أجاز له المالك الحقيقي .

م ٢٦٥/٣٣٤ : إذا باع أحد شيئاً على أنه مملوك له ، ثم تبين بعد انعقاد البيع أنه ملكه للمبيع ، جاز للمشتري أن يطلب منه تصمينات إذا كان معتقداً وقت البيع صحة ملكية البائع . م ٣٣٥ مختلط : إذا تعهد غير المالك بنقل ملكية شيء معين والانتفاع به لآخر بشئ معين ، يحكم في التعهد بالتطبيق للقواعد العامة المقررة للتعهدات الاتفاقية .

(والأحكام ، أحده في التقنينين السابق والجديد ، غير أن نصوص التقنين الجديد أكثر إحاطة ، حل أن نصوص التقنين السابق هي بدورها أكثر وضوحاً من نصوص التقنين المدني الفرنسي المقترضة في هذه المسألة . ولم ينقل التقنين المدني الجديد المادة ٣٣٥ مختلط لأنها مجرد تطبيق للقواعد العامة ، وقد أغفلها التقنين الوطني من قبل : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - ص ١٩٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣٤ - ٤٣٦ (مطابقة للمواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصري ، وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٥٤ - فقرة ٢٧٧) .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٥ - ٤٥٧ (مطابقة للمواد ٤٦٦ - ٤٦٨ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٣٥ : ١ - من تصرف في ملك غيره بدون إذنه ، انعقد تصرفه مرفوضاً على إجازة المالك . ٢ - فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ، ويطالب الفضولي ==

١٥٣ - تحرير منطقة بيع ملك الغير : وبمخلص من النصوص المتقدمة أن بيع شخص لشيء معين بالذات وهو لا يملكه - وهذا ما يسمى ببيع ملك

= بالبديل إن كان قد قبضه من الماقد الآخر . ٣ - وإذا لم يحجز المالك تصرف للفضول ، بطل التصرف ، وإذا كان الماقد الآخر قد أدى للفضول البديل فله الرجوع عليه به . فإن ملك البديل في يد الفضول بدون تعدته ، وكان الماقد الآخر قد أداه حالاً أنه فضول . فلا رجوع له بشيء منه . ٤ - وإذا سلم الفضول الدين المقنود عليها لمن دماقه معه ، فهلك في يده بدون تعدته ، فللمالك أن يضمن قيمتها أيها شاء . فإذا اختار تضمن أحدهما سقط عنه في تضمن الآخر .

م ١٢٩ : ١ - إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة ، وتستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحته وجود من يملكها وقت صدور العقد ، ولا يشترط قيام الماقدين أو المالك الأصل أو المقنود عليه وقت الإجازة . ٢ - ويجب أن يشمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر ، فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر نافذاً . ٣ - ويبدأ سريان المدة . . . وإذا كان سبب التوقف انعدام الولاية على المقنود عليه ، فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدور العقد .

(والتقنين المدني العراقي سار في هذه المسألة على قواعد الفقه الإسلامي : فبيع الفضول - أي بيع ملك الغير - موقوف على إجازة المالك . وقد نقل التقنين العراقي أحكام العقد الموقوف في الفقه الإسلامي بعد إدخال تعديلات ذات جملة هذه القواعد أكثر مسابقة لقواعد الفقه العربي الحديث . ويختلف في ذلك عن التقنين المصري ، فلهذا التقنين الأخير بيع ملك الغير قابل للإبطال . وقد ساعد التقنين العراقي على الأخذ بهذه الأحكام ، التي تفضل من بعض الوجوه أحكام التقنين المصري وبخاصة فيما يتعلق بأن العقد موقوف لا قابل للإبطال ، أن التقنين العراقي قد أخذ بطريقة البطلان كما هي في الفقه الإسلامي لا في الفقه العربي الحديث ، وهي نظرية تفضل الفقه العربي : أنظر في ذلك مصادر الحق في الفقه الإسلامي المولف الجزء الرابع في نظرية البطلان - وانظر في بيع الفضول في القانون المدني العراقي الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٦٤٢ - فقرة ٦٤٨ ، وانظر بوجه خاص فقرة ٦٤٧ حيث ينتقد الأستاذ الصراف نقل المشرع العراقي لنظرية الفقه الإسلامي في بيع الفضول ، وهذا بالرغم من أن هذه النظرية تفضل نظرية الفقه العربي كما سبق القول) .

تقنين الموجبات والمقنود البنائي م ٣٨٥ : بيع مال الغير باطل إلا في الأحوال الآتية :
أولاً - إذا كان البيع مبنياً بجنسه أو بنوعه فقط . ثانياً - إذا أجاز المالك . ثالثاً - إذا اكتسب فيما بعد حق الملكية على المبيع . أما إذا أجاز المالك أن يحجز البيع ، فالبايع يضمن بدل المثل والضرر للمشتري إذا كان عالماً بأنه لا يملك المبيع وكان المشتري يجهل ذلك . ولا يجوز للبايع أن يدعى بطلان العقد بحجة أن البيع انعقد على ملك الغير . كل ذلك مع الاحتفاظ بتطبيق أحكام القرار رقم ١٨٨ الصادر من المفوض السامي بتاريخ ١٥ آذار سنة ١٩٢٠ . (وهذه الأحكام في مجموعها تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن التقنين البنائي لا يحجز للمشتري الحق في التعويض إلا إذا كان حسن النية وكان الهالك في الوقت ذاته سهو النية ، أما التقنين المصري فيشترط حسن نية المشتري دون سوء نية الهالك) .

الغير - عقد قابل للإبطال لمصلحة المشتري. وقبل أن نؤول هذا البطلان ونبين أحكام البيع على هذا الوجه ، نحدد أولاً المنطقة التي ينحصر فيها بيع ملك الغير.

١٥٤ - ما يخرج من منطقة بيع ملك الغير : فيبيع ملك للغير لا بد أن يكون بيعاً لعين معينة بالذات ليست مملوكة للبائع . فيخرج إذن من منطقة بيع الغير العقود الآتية :

أولاً - بيع الشيء غير المعين بالذات وبيع الشيء المستقبل : فإذا باع شخص مائة أردب من القمح ، وكذلك إذا باع شخص شيئاً لم يوجد بعد ولكنه سيوجد في المستقبل ، لم يكن هذا بيعاً لملك الغير ، ولو أن البائع وقت أن باع لم يكن مالكا للمبيع . ذلك أن المبيع لم يعين بذاته ، فلا يمكن أن يقال إن البائع مالك له أو غير مالك ، ولا يقال ذلك إلا عندما يتعين بالذات . أما في هذه المرحلة ، والمبيع لم يتعين بالذات ، فإن البائع يقتصر على الالتزام بنقل ملكية المبيع وهو قابل للتعيين . وعلى البائع تعيينه إذا كان موجوداً ، أو إيجاداً إذا كان لم يوجد ، ثم ينقل ملكيته للمشتري (١) .

ثانياً - تعهد الشخص عن مالك الشيء بأن المالك يبيع الشيء لشخص آخر : فهذا ليس بيع ملك الغير لأن التعاقد لا يبيع ملك غيره ، وإنما هو تعهد عن المالك في أن يبيع ، فيكون تعهداً عن الغير (٢) . وقد بسطنا أحكام هذا الضرب من التعاقد في الجزء الأول من الوسيط .

ثالثاً - بيع الشيء المعين بالذات غير المملوك للبائع إذا علق البائع البيع على شرط أن يملك المبيع (٣) : فالبائع هنا لم يلتزم بنقل ملكية المبيع التزاماً باتاً ، بل

(١) استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٦٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٤٩ (يتعهد بأن ينقل للمشتري ملكية شيء غير مملوك له عن طريق الاتفاق مع المالك بأية كيفية) - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودري وسينيا فقرة ١١٦ ص ١٠٥ - ص ١٠٦ - جوسران ٢ فقرة ١٠٤٢ - الأستاذ عبد المنعم البدراري ص ٥٧٥ .

(٢) استئناف مختلط ٧ يونيو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣١٣ - بودري وسينيا فقرة ١٢٣ .

(٣) أو على شرط أن تظهر ملكيته بعد فحص مستنداته (استئناف مختلط ١٨ أبريل سنة

١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٩) .

علق التزامه على شرط واقف هو أن يملك المبيع . وليس هذا بيع ملك الغير ،
فالبائع والمشتري متفقان على أن البيع ليس بيات ، بل هو معلق على شرط .
فاذا تحقق هذا الشرط ، وأصبح البائع مالكا للمبيع ، انتقلت الملكية إلى المشتري
وإذا لم يتحقق الشرط سقط البيع (١) .

رابعا - بيع الشيء المعين بالذات المملوك للبائع تحت شرط : فهنا البائع
لم يبيع ملك غيره ، بل باع ملك نفسه وإن كان هذا الملك غير بات . فهو إما ملك
معلق على شرط واقف فيتوقف وجوده على تحقق الشرط ، وإما ملك معلق
على شرط فاسخ فيزول إذا تحقق الشرط . وفي كلتا الحالتين ينتقل الملك بوصفه
إلى المشتري ، فيكون هذا مالكا للمبيع تحت شرط واقف أو تحت شرط فاسخ ،

(١) فإذا باع شخص شيئا ، وجعل البيع موقوفاً على شرط أن يرسل عليه مزارع هذا الشيء منه
بيعه بالمزاد ، فإنه إذا رما المزارع على البائع انتقلت الملكية إلى المشتري ، وإلا سقط البيع
(استئناف مخطوط ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨٩) .

وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معان على شرط أن يملك البائع المبيع ، بل على بيع احتمال .
فالمبيع في هذه الحالة يكون مجرد احتمال ، قد يتحقق بأن يملك البائع المبيع فتنتقل الملكية
للمشتري ، وقد لا يتحقق فلا يملك البائع المبيع ولا ينتقل شيء إلى المشتري . ويراعى ذلك في تحديد
الحال في تحديد الثمن ، فيكون الثمن متخاضاً حتى يقابل احتمال عدم تملك البائع للمبيع .
وقد يتفق المتعاقدان ، لا على بيع معلق على شرط ، بل على أن يعمل أحدهما على أن يكتسب
ملكية شيء معين بالذات فينتقلها للآخر (أنظر ٣٣٥ مخطوط) . وهنا أيضاً ليس المقصد بيعاً للملك
الذات ، بل هو ليس بيعاً أصلاً ، لأن التعاقد لم يلتزم بنقل ملكية ، بل بالتزم أن يقوم بعمل
هو اكتساب الملكية . فإذا ما كسبها ، نقل ذلك عنه بيع ينتقل عنه الملكية للمشتري . وإذا لم يكتسبها
كان مشغولاً عن التعريض . وتختلف هذه الضرورة من ضرورة التعهد عن الغير إلى أن لا يحد
عن الغير يلتزم بأن يعمل الاتفاقة معه بكتسب الملكية من الغير رأساً ، فلا تنتقل إليه . ولا يلتزم بما
هو إلى المشتري (أوبري ورو ، فقرة ٢٥١ ص ٤٢ - بلانويك وروبير وجامل ، ١٠٠ فقرة ٤٦٤
ص ٤٨ - كولان وكابيتان ، فقرة ٨٦٤ - جورمران ، فقرة ١٠٤٢ ص ٤١٤ - الأمانات
أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٧ - الأستاذ محمد كامل عمرى فقرة ١٢٢) . وتختلف هذه
ضرورة بيع الشيء غير المعين بالذات بأن التعاقد هنا يتعهد بكتسب ملكية شيء معين بالذات ثم
ينقلها إلى التعاقد الآخر ، أما في بيع الشيء غير المعين بالذات فالمتابع يتعهد بنقل ملكية شيء
غير معين بالذات .

ولا يعتبر بيعاً لملك الغير الوعد بالبيع الصادر من غير مالك . بل يصح الوعد في هذه الحالة .
فإذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء ، وكان الواعد قد أصبح مالكا للشيء ، تم البيع . وإذا لم
يكن الواعد قد أصبح مالكا للشيء وقت ظهور رغبة الموعود له في الشراء ، انقلب الوعد بالبيع
بيماً ذلك الغير وكان محالاً للإبطال (الأمانات عبد الحميد البوارى فقرة ٣٩٠ ص ٤٠٣) .

(م ١٨ - أرسيل ج ١)

فاذا تحقق الشرط الواقف أو لم يتحقق الشرط الفاسخ أصبحت ملكية المشتري بآنة (١). وتختلف هذه الصورة عن الصورة السابقة في أن البيع هنا بات وملكية المبيع هي المعلقة على شرط ، أما في الصورة السابقة فالبيع هو المعلق على شرط وملكية المبيع بآنة .

خامساً - بيع الشيء الشائع : فهنا يبيع الشخص شيئاً يملكه على الشيوع مع شركاء آخرين ، فلا يظهر في البداية أنه يبيع ملك غيره . ولكن يتوقف الأمر على نتيجة القسمة ، فان وقع هذا الشيء كله في حصة البائع اعتبر أنه قد باع ملكه ، وإن لم يقع في حصته اعتبر بائعاً لملك الغير .

سادساً - بيع الوارث الظاهر : وهذا إذا كان في حقيقة بيعاً لملك الغير لأن الوارث الظاهر لا يملك المبيع ، إلا أن هناك اعتبارات ترجع إلى الاستقرار الواجب للتعامل تجعل بيع الوارث الظاهر صحيحاً نافذاً في حق الوارث الحقيقي . ومن ثم يملك المشتري المبيع ، فلا يعود في حاجة إلى الحماية التي أولاها القانون للمشتري في بيع ملك الغير (٢) .

(١) أما إذا لم يتحقق الشرط الواقف أو تحقق الشرط الفاسخ ، فقد أصبح المشتري غير مالك ، وليس له الرجوع على البائع إذا كان البيع احتمالياً (بودرى - سينا فقرة ١٢٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٠ ص ٣٨٦ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٨٩ - قارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٨) .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٢٠ . ونظير ذلك المشتري في بيع ملك إذا ملك المبيع بالحيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والمقار ، أو إذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، أو أجاز المالك الحقيقي البيع ، فتنتقل في جميع هذه الأحوال الملكية إلى المشتري (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٢ - بودرى وسينا فقرة ١٢٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٨) .

على أن المشتري في بيع ملك الغير ، إذا كسب ملكية المبيع بالحيازة في المنقول أو بالتقادم في المنقول والمقار ، يكون قد كسبها بالحيازة أو بالتقادم ، لا بالبيع الصادر من غير المالك . ويذهب رأى إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يلزم بالتمسك بوضع اليد ، لأن التمسك بهذا الدفع قد لا يقره ضميره (بيدان ١١ فقرة ١٢٣ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٨٠ ص ١٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥١) .

وإذا كسب المشتري في بيع ملك الغير ملكية المبيع من طريق آخر غير هذا البيع ، كأن اشترى المبيع من المالك الحقيقي أو ورثه منه أو أخذه وصية منه ، فإن بيع ملك الغير لا ينقلب صحيحاً في هذه الحالة ، بل يبقى قابلاً للإبطال ويكفي للمشتري الحق في طلب إبطاله (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٥) .

بأن يملك كل ذلك ، في مملكته بيع ملك الغير ، بيع الشخص أمين معينة
بأنات غير مملوكة له إلا ممتد ببيع نقل الملكية من (١) ، ويستوي
أن يكون البائع عاملاً بأنه لا يملك البيع أو يعتقد أنه يملكه ، كما يستوي أن يكون
البيع مساومة أو بيعاً قضائياً ، ويستوي في البيع القضائي أن يكون بيعاً جبرياً
أو بيعاً اختيارياً (٢) .

وبيع ملك الغير ، هل هذا التحديد ، يقع كثيراً في العمل . فالأب قد يبيع
ملك ولده ، لا باعتباره نائباً عنه ، بل باعتباره أصيلاً عن نفسه . والزوج قد
يبيع ملك زوجته (٣) . والوارث قد يبيع عيناً ليست في التركة ، أو في التركة
ولكنها لم تقع في حصته . والشريك في الشبوع قد يبيع كل العين الشائعة وهو
لا يملك الا حصته فيها . وواضع اليد على ملك غيره قد يبيع هذا الملك . وكثيراً
ما يبيع الناس أموال الغائبين أو أموال الدولة الخاصة . فهذه كلها تعتبر بيعاً
لملك الغير (٤) .

وبيع ملك الغير قابل للإبطال كما قدمنا . فتوصل هذا البطلان ، ثم نبين
أحكام البيع ذاته .

(١) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ -
ويتقدم البائع عادة في بيع ملك الغير بضيف البيع إلى نفسه . فإن أضافه إلى المالك الحقيقي ركان
نائباً عنه ، فإن البيع يعتبر صادراً من المالك الحقيقي وفقاً للقواعد المقررة في البينة . أما إذا
لم يكن نائباً عنه ، فإن البيع في هذه الحالة يكون بيع ملك الغير . ومع ذلك فقد قضت محكمة
استئناف مصر بأن من المقرر شرعاً أن من يبيع ملك غيره هل أنه ملك لنفسه فيجه باطل ،
ولا تلحقه الإجازة لعدم انعقاده أصلاً . إنما ينمق موقوفاً هل إجازة مالكه إذا باعه هل أنه ملك
لغيره . وولاية الأب على ولده الصغير وإن كانت تخول له حق بيع عقار قاصره ، إلا أنها لا تخرجه
من القاعدة العامة السابق ذكرها ، ويجب لانعقاد هذا البيع أن يقرر الول أنه ملك ابنه (٢٢ مايو
سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٤٤) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٩ -
أنيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٦٥ .

(٣) استئناف مخطوط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠ .

(٤) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٦ ص ٤٧ - بلانيول وريبير وبولانجه ٢
فقرة ٢٣١٦ - حوسران ٢ فقرة ١٠٤٨ - أنيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٦٧ -
الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٥٧ ص ١٥٢ - الأستاذ سليمان مرفس
فقرة ٢٦٥ ص ٤٤٥ .

١ - تأصيل البطلان في بيع ملك الغير

١٥٥ - **النظريات التقليدية** : تقضى المادة ١٥٩٩ من التقنين المدني

الفرنسي بأن بيع ملك الغير باطل ، وبأن للمشتري الحق في التعويض اذا كان يجهل أن المبيع ليس مملوكاً للبائع . وقد تضاربت الآراء في الفقه الفرنسي في تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، اذ أن النص المتقدم لا يخلو من الغموض .

فهناك رأى يذهب إلى أن هذا البيع إنما هو قابل للفسخ وليس باطلا ، وترجع قابليته للفسخ إلى أن البائع لم يحم بالتزامه من نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، فللمشتري أن يطلب فسخ البيع (١) . وعيب هذا الرأى واضح ، اذ هو يتعارض تعارضاً صريحاً مع نص التقنين الفرنسي ومع نص التقنين المصري أيضاً ، فالنص في التقنين على البطلان والبطلان شيء غير الفسخ . هذا إلى أنه لو كان بيع ملك الغير جزاؤه الفسخ فحسب ، لكان للقاضي سلطة تقديرية في إجابة المشتري إليه ، ولما استطاع أن يقضى به لو تمكن البائع من نقل الملكية إلى المشتري بعد رفع الدعوى (٢) .

وهناك رأى ثان يذهب إلى أن البيع باطل بطلاناً مطلقاً (٣) ، إما لانعدام السبب اذ التزام المشتري لا يقابله شيء ما دام البائع لا يستطيع أن ينقل إليه الملكية ، وإما لاستحالة المحل استحالة مطلقة فالبائع وهو غير مالك لا يستطيع أن ينقل الملك

(١) كوليه دى سانتير ٧ فقرة ٢٨ مكررة . بفتوار في الملكية والعقد سنة ١٩٢٤ ص ٥١٦ - جودمين في النظرية العامة للالتزامات باريس سنة ١٩٢٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ - الأستاذ جيل للشرقاوى رسالة في نظرية البطلان فقرة ١٠٣ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٦ (ويقول بهذا الرأى حتى في عهد التقنين المدني المصري الجديد ، البيع فقرة ٤١ ص ١٠٢) . وقد جعل التقنين المدني الايطالى الجديد الصادر في سنة ١٩٤٢ (م ١٤٧٩) بيع ملك الغير قابلاً للفسخ حتى لو كان المشتري يجهل أن البائع غير مالك .

وهذه الأستاذان كولان وكابيتان (٢ فقرة ٨٦٩) إلى أن التقنين المدني الفرنسي جعل الجزاء البطلان لا الفسخ ولكن الفسخ كان أوفق .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٧ - ص ١٠٨ .

(٣) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ هامش رقم ٤٣ - استئناف ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦ - بيدان ١١ فقرة ١٠٤ - استئناف مخطط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٦ .

إلى المشتري . وعيب هذا الرأي أنه يتعارض هو أيضاً مع صريحة مع الآثار
الكثيرة التي ينتجها بيع ملك الغير وسننصلها فيما يلي ، ولو كان هذا البيع باطلا
بطلاقاً مطلقاً لما أنتج أثراً . هذا إلى أن البائع يستطيع أن يلتزم بنقل ملكية شيء
غير مملوك له ثم يحصل على ملكيته فينفذ التزامه ، فالسبب إذن غير معدوم ،
والمحل غير مستحيل استحالة مطلقة ، وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه ولم ينقل
ملكه المبيع إلى المشتري فالجزاء إنما هو الفسخ لا البطلان المطلق (١) .

وهذا رأي ثالث يذهب إلى أن بيع ملك الغير باطل بطلاقاً نسبياً ، إما لغلط
في شخص البائع فقد توهم المشتري أنه مالك للمبيع ، وإما لغلط في المبيع فقد توهم
المشتري أنه مملوك للبائع (٢) . وعيب هذا الرأي واضح ، فهو يقتضي ألا يكون
بيع ملك الغير قابلاً للإبطال إلا إذا كان المشتري حسن النية فيكون قد وقع
في غلط في البائع أو في المبيع . وهذا يتعارض مع عموم النص في التقنين الفرنسي ،
ومع صريح النص في التقنين المصري فإن المادة ٤٦٨ من هذا التقنين تصرح
بوجوب التعويض للمشتري إذا كان حسن النية فإذا كان سيئ النية بقي البيع
قابلاً للإبطال وإن كان المشتري لا يستحق التعويض (٣) .

(١) بودري وسينيا فقرة ١١٧ ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - والذي يعتبر مستحيلاً استحالة
مطلقة ليكون العقد باطلاً بطلاقاً مطلقاً هو أن يبيع شخص آخر شيئاً يتبين بعد ذلك أنه كان
مملوكاً للمشتري وقت البيع ، كأن يكون هذا الشيء موصى به من المالك الحقيقي للمشتري دون أن
يكون هذا عالماً بالوصية ، فهذا البيع يكون باطلاً بطلاقاً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة
(كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٤ - أنيكلويدي دالوز دلفظ vente فقرة ٢٧٩ - وانظر
أنفاً فقرة ١٥١ في الهامش) - ويقول الأستاذ إسماعيل عاتم : « أما استحالة محل البيع في بيع
ملك الغير فهي استحالة نسبية ، إذ أن هناك شخصاً كان يستطيع أن ينقل ملكية المبيع وذلك هو
المالك الحقيقي ، مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١٥) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١٠٤٣ و ١٠٤٥ ، ويذهب إلى أن بيع ملك الغير باطل يفترض
فيه دائماً أن المشتري حسن النية وأنه يجهل أن الشيء مملوك لغير البائع (انظر عكس ذلك كولان
وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٥ ص ٥٧٧) . وانظر م ٢٢٤ من المشروع الفرنسي الإبطال . وهي تبني
بطلان بيع ملك الغير على الغلط .

(٣) بودري وسينيا فقرة ١١٨ - والبطلان النسبي هو الذي وقف عنده التقنين المدني
المصري السابق ، فقد نص صراحة على أن بيع ملك الغير يصح إذا أجاز له المالك الحقيقي
(م ٢٦٤ / ٣٣٣) ، والعقد الباطل بطلاقاً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، وإنما تلحق الإجازة =

على أن التهمة التي في المادتين أخذت بتدخل من جهة نظر ياتى بالمدينة ،
وذهب إلى أن دعوى بطلان بيع ملك الغير ليست إلا دعوى ضمان الاستحقاق ،
سبق المشتري إلى رفعها قبل أن ترفع عليه هو دعوى الاستحقاق من المالك
الحقيقي . فهو في دعوى ضمان الاستحقاق العادية يجب أن يترتب حتى يتعرض
له المستحق ، وعند ذلك يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق .
أما في بيع ملك الغير فقد أجاز المشرع للمشتري ألا ينتظر حتى يتعرض له المالك
الحقيقي ، بل يبادر إلى رفع دعوى بطلان البيع ضد البائع ، فدعوى البطلان
هذه ليست إلا دعوى ضمان استحقاق تعجل المشتري رفعها - *garantie d'évic-*
tion anticipée (١) . ولكن القول بأن دعوى البطلان هي دعوى ضمان
استحقاق استبق إليها المشتري يقتضى أن تكون مدة التقادم ، لا عشر سنوات
كما هو الأمر في القانون الفرنسي ، بل ثلاثين سنة وهذه هي مدة التقادم

= العقد الباطل بطلاناً نسبياً . وبالرغم من صراحة النص ، فقد اضطرب الفقه المصري في عهد
التقنين الدر السابق ، وسائر الفقه الفرنسي في اضطرابه (أنظر في الفقه المصري في عهد التقنين
السابق الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٦٣ - فقرة ١٦٨ - عقد الإيجار للمؤلف
فق ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - الأستاذ حلمي بهجت بدوى في مقال في مجلة القانون
والإحصاء ص ٥٨٨ وما بعدها) .

(١) يبدان ١١ فقرة ١٠٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ - بلانيول وريبير
وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٧ .

ويذهب بودرى وسينيا إلى أن بيع ملك للغير مشوب ببيع أصل هو استحالة تنفيذ ، وأن
هذه الاستحالة تنطوي على خطأ في جانب البائع إذ للزم بما لا يستطيع تنفيذه . فالبطلان الذي
يقوم على هذا الأساس إنما هو بطلان لمصلحة المشتري ، فهو بطلان نسبي وتقرب آثاره من آثار
البطلان للفعل (بودرى وسينيا فقرة ١١٨ ص ١١١) .

ويذهب بلانيول وريبير وهامل إلى أنه لما كان البيع في القانون الروماني لا يلزم البائع بنقل
الملكية ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً ، فإن البيع في القانون الحديث وهو يلزم البائع بنقل
الملكية يجب أن يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وقد نص التقنين المدني الفرنسي (م ١٥٩٩) فعلا
على هذا البطلان . ولكن الفقه والفقهاء في فرنسا لم يجدوا من الضروري أن يسلبا بيع ملك الغير من
أى أثر يترتب عليه ، فحولوا البطلان لحماية مصلحة المشتري ، فيستطيع هذا طلبه إذا هو لم يظفر
بعد البيع بملكية المبيع ، وصارت دعوى البطلان أقرب إلى أن تكون دعوى ضمان استحقاق
مستبقة (*garantie d'éviction anticipée*) (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥) .

في القانون الفرنسي في دعوى الضمان . فلا بد إذن أن يختلط ، في دعوى بطلان بيع ملك الغير ، معنى الضمان بمعنى البطلان (١) .

١٥٦ - رأى يستر الى نظرية تحول العقد الباطل : والتعنين المدني

المصري الجديد صريح في أنه يجوز للمشتري إبطال بيع ملك الغير (م ١/٤٦٦) ، وفي أنه إذا أقر المالك البيع سري العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري (م ١/٤٦٧) ، وفي أن البيع ينقلب صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد (م ٢/٤٦٧) . فهذه كلها نصوص صريحة قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، وقد قنن المشرع المصري بهذه النصوص الرأي الذي ساد فعلاً في كل من الفقه المصري والفقه الفرنسي .

بقي أن نؤصل هذا البطلان . وهناك رأى ذهب إليه الأستاذ سليمان مرقس (٢) في عهد التعنين المدني الجديد ، يقول بأن بيع ملك الغير باطل بطلاناً مطلقاً لاستحالة المحل استحالة مطلقة في الظروف الخارجية المحيطة بالبائع . ثم يكمل نظرية البطلان المطلق بنظرية تحول العقد الباطل (conversion) المنصوص عليها في المادة ١٤٤ مدني . فيتحول بيع ملك الغير طبقاً لهذه النظرية من بيع ناقل للملكية فوراً إلى بيع منشيء لالتزامات فحسب ، متى ثبت أن نية الطرفين المحتملة كانت تنصرف إلى ذلك لو علما أن العقد الأول لا يمكن انعقاده بسبب هدم ملكية البائع . وقد فرض المشرع فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البائع انصرف نيته المحتملة إلى تحول عقد البيع على هذا النحو ، أما انصراف نية المشتري إلى ذلك ففروض إلى أن يثبت العكس ، فإذا تمسك المشتري بإبطال البيع فقد ثبت العكس وأنه لم تنصرف نيته إلى التحول . ويحتم الأستاذ سليمان مرقس رأيه بالعبرة الآتية : « وعلى ذلك يمكن القول بأن المشرع قد جعل من تنظيم بيع ملك الغير في المواد ٤٦٦ وما بعدها تطبيقاً تشريعياً لنظرية تحول العقد الباطل ، تجاوز فيها بعض الشيء عما تقتضيه نظرية التحول العامة من انصراف نية العاقدین المحتملة إلى التحول ، إذ فرض فيه انصراف نية البائع

(١) أنسيكلوبيدي دالوز . لفظ vente فقرة ٢٨٩ .

(٢) البيع فقرة ٢٨١ .

المحتملة إلى التحول فرضاً غير قابل لإثبات العكس ، دون أن يفرض مثل ذلك في نية المشتري» (١) .

ونأخذ على هذا الرأي أمرين :

أولاً - القول بأن بيع ملك الغير هو في أصله باطل بطلاناً مطلقاً يتعارض تعارضاً واضحاً مع صريح نصوص التقنين المدني المصري ، فقد بينا أن هذه النصوص قاطعة في أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لا باطل بطلاناً مطلقاً (٢) .

ثانياً - والقول بأن العقد الباطل قد تحول إلى عقد منشيء للالتزامات يتعارض مع نظرية التحول المعروفة . فهذه تقتضي أن تكون نية كل من المتعاقدين المحتملة تنصرف وقت العقد - لا بعد ذلك - إلى العقد الجديد بدلاً من العقد الباطل . ونية المشتري المحتملة تستعصى على هذا التأويل . فاما أن تكون هذه النية قد انصرفت احتمالاً إلى العقد الجديد منذ البداية ، فلا يجوز إثبات العكس ، وينبغي ألا يجوز تبعاً لذلك للمشتري أن يطالب بإبطال البيع . وإما ألا تكون قد انصرفت إلى العقد الجديد ، فلا يكون هناك تحول ، وينبغي أن يبقى البيع باطلاً بطلاناً مطلقاً ، وهذا ما يتعارض مع النص الصريح .

١٤٧ - رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف :

وعنك رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير هو عقد موقوف على التحول المعروف في الفقه الإسلامي . قال بهذا الرأي الأستاذ شفيق شحاتة في كتابه « النظرية العامة للتأمين العيني » (٣) ، إذ كتب ، ما يأتي : « وقد تضاربت آراء الشراح في طبيعة البطلان الذي يلحق ببيع ملك الغير . على أن الرأي الصحيح هو أن بيع ملك الغير هو بيع غير نافذ في حق المالك . وعدم نفاذ العقد الناقل

(١) الأستاذ سليمان مرقس في البيع فقرة ٢٨١ ص ٤٦٢ - وانظر في رد مطول على هذا الرأي الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٥٤ - ص ٢٥٨ .

(٢) ولا يقال إن هناك استعالة مطلقة في أن يلتزم البائع بنقل ملكية شيء لا يملكه ، فقد بينا أن البائع يمكنه أن يلتزم بذلك ، فإذا لم يتم بتنفيذ التزامه كان الجزاء هو الفسخ لا البطلان المطلق .

(٣) الجزء الأول فقرة ٩٢ .

للملكية يجعله كذلك عديم الأثر فيما بين المتعاقدين . وليس ذلك معناه أن العقد باطل بطلاناً مطلقاً أو نسبياً ، فالعقد يعتبر في هذه الصورة عقداً موقوفاً . والعقد الموقوف يتوقف أثره على الإقرار الصادر من المالك ، فإذا أقره المالك أنتج أثره فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الناس . وإذا لم يقره المالك فالعقد يظل معدوم الأثر كما كان (١) .

وبؤخذ على هذا الرأي ما يأتي :

أولاً - لو كان بيع ملك الغير عقداً موقوفاً ، لما أنتج أى أثر قبل أن يجيزه المالك الحقيقي ، كما تقتضى بذلك أحكام الفقه الإسلامى . ولكن بيع ملك الغير ينتج أثره في الحال ، شأنه شأن أى عقد قبل للإبطال ، ولا يبطل إلا إذا طلب المشتري إبطاله . ثم إن المشتري يملك الإجازة ، وللعقد الموقوف في الفقه الإسلامى لا يجيزه إلا المالك الحقيقي .

ثانياً - نظرية العقد الموقوف إذا أمكن الأخذ بها في القانون المصرى من الفقه الإسلامى باعتباره مصدراً من مصادر هذا القانون (م ٢/١ مدنى) ، فذلك لا يكون إلا حيث لا يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه . ولذلك قد يصح الأخذ بها في مجاوزة الريل لحدود الوكالة ، فيكون تعاقد موقوفاً على إجازة الموكل ، إذ لا نص يمنع من الأخذ بها . أما هنا فيوجد كما رأينا نص تشريعى صريح يجعل بيع ملك الغير عقداً قابلاً للإبطال لا عقداً موقوفاً ، فيجب في هذه الحالة إعمال النص الصريح (٢) .

(١) ويشير الأستاذ فنيق شحاتة في الحاشية إلى نظرية الفقه الإسلامى في البيع الموقوف ، وإلى المادة ١٠٨ من التقنين المدنى الألمانى وتقتضى بأن العقد الصادر من القاصر بدون إجازة الوصى هو عقد غير نافذ، وإلى المادة ١٠٩ وتقتضى بأن الطرف الآخر في التعاقد يستطيع الرجوع في العقد ما لم يجزه الوصى .

(٢) وهذا لا يمنع ، من ناحية السياسة التشريعية ، أن نظرية للعقد الموقوف تفضل بكثير نظرية العقد القابل للإبطال في بيع ملك الغير . وقد بسطنا ذلك تفصيلاً في كتاب « مصادر الحق في الفقه الإسلامى » الجزء الرابع ص ٢٠٥ - ص ٢٠٧ .

١٥٨ - الرأي الذي نقف عليه - بيع ملك الغير قابل للإبطال

بحسب نص خاص في القانون أنشأ بطريقه : لذلك لا نرى بدا من القول بأن بيع ملك الغير ليس بعقد باطل ولا بعقد موقوف ، بل هو عقد قابل للإبطال كما يقطع بذلك صريح النص فيما قدمناه . ونعيد هنا ما كنا نقوله في هذا الصدد في عهد التقنين المدني السابق (١) ، فإن التقنين المدني الجديد لم يدخل أى تعديل في تأصيل بطلان بيع ملك الغير :

لا يسعنا ، إزاء تضارب الآراء في تأصيل بطلان بيع ملك الغير ، إلا أن نرجع إلى الأصل التاريخي لهذا البطلان . كان بيع ملك الغير في القانون الروماني صحيحاً ، لأن البيع في هذا القانون لم يكن من طبيعته نقل الملكية ، بل كل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل حيازة المبيع إلى المشتري وأن يضمن له دوام هذه الحيازة دون تعرض من أحد (٢) . وغير المالك قد يستطيع أن يقوم بذلك ، ومن ثم كان يبعه صحيحاً . وكان يترتب على ذلك أن المشتري لشيء غير مملوك للبائع لا يستطيع أن يرفع دعوى ضمان على البائع إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي ، فيبقى قبل هذا التعرض مهدداً دون أن يستطيع شيئاً قبل البائع . واستمرت الحال على ذلك في القانون الفرنسي القديم ، رغماً من أن البيع أخذ يتدرج في طبيعته إلى عقد ناقل للملكية . ثم لما قرر التقنين المدني الفرنسي ، ومن بعده التقنين المدني المصري القديم والجديد ، بعبارة حاسمة أن البيع ينقل الملكية ، أصبح بيع ملك الغير منافياً لطبيعة عقد البيع . فنص المشرع على جمل هذا البيع قابلاً للإبطال لحماية المشتري ، فيستطيع هذا ، قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، أن يبادىء البائع بطلب إبطال البيع ، فلا يبقى مكتوف اليدين ينتظر تعرض المالك الحقيقي حتى يتمكن من تصحيح موقفه (٣) .

فالعلة إذن في كون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال هي منافاة هذا العقد لطبيعة

(١) مذكرات غير مطبوعة في البيع للمؤلف سنة ١٩٢٧ - عقد الإيجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ ص ١٠٨ هامش رقم ٣ - نظرية العقد للمؤلف سنة ١٩٣٤ ص ١١٦ هامش رقم ٢ .
(٢) بودى وسينيا فقرة ١١٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٥ .
(٣) بودى وسينيا فقرة ١١٩ مكررة .

البيع . ولكن العلة وحدها لا تكفي ، فنافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع قد تكون هلة معقولة للبطلان ، ولكن ليس في القواعد العامة ما يجعل منها سبباً لإبطال العقد . فسبب إبطال العقد ، وفقاً للقواعد العامة ، ليس إلا نقص الأهلية أو عيباً من عيوب الرضاء . لذلك كان لا بد من نص خاص ينشئ بطلان بيع ملك الغير ، ويستند إلى العلة المعقولة التي قدمناها ، وقد وجد هذا النص . فهو نص منشئ للبطلان لا كاشف عنه (١) ، ولو لم يوجد لما أمكن القول بأن بيع ملك الغير قابل للإبطال ، بل لوجب القول بأنه صحيح ولكنه قابل للفسخ لعدم استطاعة البائع تنفيذ التزامه بنقل الملكية (٢).

وأكثر الفقهاء يفترضون أن النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ثم يبحثون في نطاق هذه القواعد عن سبب البطلان ، فيستخدم الخلاف بينهم وبتضاربون . والواقع من الأمر أن البطلان هنا خاص بالبيع ، أنشأه نص تشريعي خاص ، لعله معقولة هي منافاة بيع ملك الغير لطبيعة البيع . ومن ثم كانت قواعد هذا البطلان تختلف في بعض النواحي عن القواعد العامة في البطلان . من ذلك أن بيع ملك الغير يجزئه المالك الحقيقي ، وينقأب صحيحاً إذا أصبح البائع مالكا للمبيع ، مع أن العقد القابل للإبطال لا ينقأب صحيحاً إلا إذا أجازته العقادة الذي تقرر البطلان لمصلحته وهو هنا المشتري (٣) . فلا بد إذن من القول

-
- (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ .
(٢) وهذا هو المقرر فعلا في التقنين المدني الألماني حيث لا يوجد نص على بطلان بيع ملك الغير . فالبايع في هذا التقنين يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (م ٤٣٣) ، فإذا لم ينفذ التزامه جاز للمشتري طلب فسخ البيع (م ٤٤٠) . وتنفيذ الالتزام بنقل الملكية يكون بانفاذ نال مستقل عن عقد البيع مع قيده في السجلات المقاربية بالنسبة إلى المقار (م ٨٧٣) ، أو مع التسليم بالنسبة إلى المنقول (م ٩٢٩) . ويستطيع المشتري في بيع ملك الغير في القانون الألماني أن يرفع دعوى الفسخ على البائع ، حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي ، وفي هذا يختلف القانون الألماني عن القانون الروماني اختلافاً بينا (سألي في الالتزامات فقرة ١٥٢ وفقرة ٢٠٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٥ هامش رقم ٣) . وانظر أيضاً في تقنين الالتزامات السويسري المادة ١٨٤ في الالتزام بنقل الملكية ، والمادة ٦٥٦ في نقل ملكية المقار باتفاق نال يقيد في السجل المقاري ، والمادة ٧١٤ في نقل ملكية المنقول باتفاق نال يصحبه التسليم .
(٣) وسنرى أن المشتري إذا كان له أن يجيز بيع ملك الغير ، فإن المالك الحقيقي له أيضاً أن يجيزه ، بل إن إجازة المالك الحقيقي أبلغ أثراً من إجازة المشتري ، فهي تغلب العقد =

بأن بطلان بيع ملك الغير بطلان خاص بعقد البيع لا يستمد من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعى صريح واستند في إنشائه إلى علة معقولة (١) .

== صحيحاً وتجعله في الوقت ذاته سارياً في حق المالك . ونرى أيضاً أن العقد ينقلب صحيحاً بمجرد أن يصبح مالكا للبيع ، وهذه خصوصية لا تعرف في العقد القابل للإبطال طبقاً للقواعد العامة .

(١) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٤٩ - ص ٥٠ - والأستاذ إسماعيل غانم ص ١٥ - وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٤ ص ٣٩١ - ص ٣٩٢ .

وقد قررنا هذا الرأي نفسه في كتاب الإيجار في المبرات الآتية : « بيع ملك الغير باطل بطلاناً نسبياً ، ولكن هذا البطلان غير مستمد من القواعد العامة ، لأنه خاضع في مصدره وفي أحكامه إلى مبادئ أخرى خاصة به . فمن البعث إذن أن نحاول البحث في القواعد العامة على ما يستند إليه بطلان بيع ملك الغير . أما العلة في البطلان فراجعة إلى أن البيع ناقل بصيغته للملكية ، ولم يكن كذلك من قبل . فقد كان البائع في القانون الروماني لا يلتزم بنقل الملكية بل بنقل مجرد الحيازة ، ولذلك كان بيع ملك الغير صحيحاً . واستمر الحال كذلك في القانون الفرنسى القديم . مع الالتجاء إلى بعض أوضاع تسهل نقل الملكية . أما في القانون الفرنسى الحديث فقد تقرر أن للبائع يلتزم بنقل الملكية ، ولذلك تغيرت طبيعة البيع ، وأصبح بيع ملك الغير منافساً لها . ولاحظ واضع قانون نابليون هذا التغير ، فرتبوا عليه نتيجة المنطقية وهي بطلان بيع ملك الغير . ولم تكن علة البطلان - وهي تناقض بيع ملك الغير مع طبيعة البيع - على رجايتها بكافية وحدها في تقرير البطلان من الوجهة القانونية ، لأنها لا تستند إلى مبدأ عام يطبق على جميع العقود . وكان لا بد من نص صريح ينشئ البطلان ويخلق ، فالمراد ٢٦٤/٣٣٣/١٥٩٩ تعتبر نصوماً منشئة لا مقررة ، بحيث لو كانت غير موجودة لما جاز القول ببطلان بيع ملك الغير حتى مع بقاء حالة البطلان المشار إليها (وهذا هو الأمر في القانون الألماني) - ونرى مما تقدم أنه حتى يكون إيجار ملك الغير باطلاً ، يجب وجود نص خاص بذلك ، ولا يصح القياس على البيع - وفي الوقت الذى كان بيع ملك الغير فيه يعتبر صحيحاً ، كان يترتب على ذلك أن المشتري لا يستطيع أن يحرره ساكناً قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي . فلما أصبح البيع ناقلاً للملكية ، كان هذا كافياً لإخراج المشتري من هذا المأزق حتى ولو لم يتقرر بطلان بيع ملك الغير ، لأنه كان يستطيع طلب فسخ البيع ما دام البائع لم يحم بالتزامه من نقل الملكية . ولكن المشرع - مراعاة للاعتبار المتقدم وهو أن تغيير طبيعة عقد البيع وصيرورته عقداً ناقلاً للملكية يستلزم منعياً بطلان بيع ملك الغير - قرر أيضاً هذا البطلان . فأصبح المشتري بالخيار بين أن يلجأ إلى الاحتياء بالمبادئ العامة ويطلب الفسخ - بعد أن يحيز البطلان ولو ضمناً . وبين أن يلجأ إلى الحماية الخاصة التى أعطاهها له القانون بالنص الخاص بالبطلان لطلب بطلان العقد ، والفرق واضح بين دعوى الفسخ ودعوى البطلان . (عقد الإيجار للمؤلف سنة ١٩٢٩ فقرة ٧٨ ص ١٠٨ هامش رقم ٣) .

ويتفق معنا الأستاذ حلمى بهجت بدوى في أن بطلان بيع ملك الغير غير مدع من القواعد العامة ، وقد أنشأه نص تشريعى خاص . ولكنه يقول إن الاتفاق إذا كان من شأنه نقل الملكية ==

١٥٩ - بيع عقار الغير قابل للإبطال بغير تسجيل وقبر: وبلاحظ

في الحال، و... قبل للإبطال أما إذا كان الالتزام لا ينقل الملكية في الحال بل يكتب بتقرير التزام في ذمة البائع بنقلها، فلا تنافس، إذ يجب أن يحصل البائع على الملكية وينقلها للمشتري وبذلك ين بانترامه (انظر مثلاً في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٥٩٩). وفي رأينا أن البيع الذي يقرر التزاماً بنقل الملكية في ذمة البائع لا يختلف في طبيعته عن البيع الذي ينقل الملكية في الحال، فالبيع لا ينقل الملكية إلا لأهلاً أولاً ينشئ التزاماً بنقلها، ثم ينفذ الالتزام فننقل الملكية فعلاً. ولذلك لا نفرق - من حيث طبيعة العقد - بين بيع العقار غير المسجل ويقرر التزاماً بنقل الملكية، وبين عقار المسجل وينقل الملكية فعلاً. فكلاهما عقد ناقل للملكية تنافس طبيعته مع بيع ملك الغير، وكلاهما قابل للإبطال. وقد اضطر الأستاذ حليمي بهجت بدوى، وهو ينكر على بيع العقار غير المسجل طبيعته كمقد ناقل للملكية، أن ينكر هذه الطبيعة أيضاً على بيع العقار غير المسجل، إذ التسجيل لا يبرر من طبيعة العقد، ولا يبطله إذا كان صحيحاً. وقاده هذا المسلك إلى اعتبار بيع عقار الغير بعد تسجيله صحيحاً، مخالفاً في ذلك البداية والإجماع. ومنعوه إلى هذه المسألة فيما يلي.

ويتفق معنا كذلك الأستاذ حامد زكي في أن بطلان بيع ملك الغير ليس تطبيقاً للقواعد العامة بل إنشاءً للشارع بنص خاص. ولذا لا ينافي البطلان عند ترجعه إلى أن المقصود من عقد البيع هو حصول المشتري على الملكية وانتقالها إليه، سواء تم هذا الانتقال وقت الاتفاق أو كان متراجهاً إلى حين حصول التسجيل، فمن يبيع ملك غيره ليس في مقدوره أن يحقق المقصود من عقد البيع وهو انتقال الملكية، ولذا أبطل المشرع تصرفه. (الأستاذان أحمد نجيب الهادي وحامد زكي ص ٢٦٦). ولا نرى فرقا، في استظهار علة البطلان، بين القول بأن ذلك راجع إلى أن البيع ينشئ التزاماً بنقل الملكية فتتناقض طبيعته مع بيع ملك الغير، والقول بأن ذلك راجع إلى أن المقصود من عقد البيع هو أن يحصل المشتري على الملكية ومن يبيع ملك غيره لا يحقق هذا المقصود، فالتمييز وإن كانا مختلفين ينطريان على فكرة جوهرية واحدة.

انظر في استعراض هذه الآراء وانتقاداتها الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٥ ص ٢٥٩ - ص ٢٦١ - وينتهي إلى القول: «ويبدو لنا، بعد عرض هذه الآراء، أن نص المشرع على قسبة بيع ملك الغير للإبطال دون النص على مثل هذا الحكم بالنسبة للمنفرد الأخرى كالإيجار مثلاً، لا يستند إلى أي أساس قني. وإنما هو حكم اقتضته السياسة التشريعية، وقد تأثر فيه المشرع المصري بمسلك القضاء الفرنسي الذي لم يلتزم حدود النص، وخرج عما قصده واضع قانون نابليون الذين يبدو أنهم كانوا يقصدون تقرير البطلان المطلق... ولهذا فنتهي إلى أن لا يوجد أساس قني يبرر إبطال بيع ملك الغير. وربما كان مسلك القضاء الفرنسي الذي تأثر به المشرع المصري قد جاء نتيجة الرغبة في تكملة أحكام ضمان الاستحقاق... ولهذا نحن نذهب من الشرائع الفرنسية يقولون إن دعوى إبطال ملك بيع الغير ليست إلا عملاً لضمان الاسم قبل أن يتحقق الترخيص الفعلي، أو أنها تكملة لأحكام الضمان» (الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٦١ و ٢٦٢ و ص ٢٦٤).

أن بيع العقار لا يزال من طبيعته نقل الملكية، سواء سجل أو لم يسجل . فلم يغير قانون التسجيل ، ولا قانون الشهر بعده ، من طبيعة عقد البيع . ونصوص هذين القانونين صريحة في هذا المعنى . فتتضمن المادة الأولى من قانون التسجيل على أن « جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض التي من شأنها إنشاء ملكية .. يجب شهرها بواسطة تسجيلها » . وتتضمن المادة التاسعة من قانون الشهر على أن « جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية .. يجب شهرها بطريق التسجيل » . فبيع العقار قبل أن يسجل لا يزال من شأنه - أو من طبيعته - نقل الملكية ، إذ ينشئ التزاماً بنقلها في جانب البائع . فبيع عقار الغير إذن لا يزال منافياً لطبيعة عقد البيع ، ومن ثم فعلة البطلان في البيع غير المسجل موجودة ، والنص على البطلان عام شامل لا يميز بين البيع المسجل والبيع غير المسجل . بل إن التفتين المدني الجديد جاء حامياً في هذا الصدد ، فنص صراحة على جواز أن يطلب المشتري لإبطال بيع عقار الغير ولو لم يسجل البيع ، إذ يقول في نهاية الفقرة الأولى من المادة ٤٦٦ : « ويكون الأمر كذلك (أى يجوز للمشتري طلب إبطال البيع) ولو وقع البيع على عقار ، سجل العقد أو لم يسجل » . وما دامت هلة البطلان موجودة ، وما دام النص المنشئ للبطلان عاماً يشمل العقد المسجل والعقد غير المسجل ، وجب القول إن بيع عقار الغير يكون قابلاً للإبطال قبل تسجيله ، ويبقى بطبيعة الحال قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

ولا يمكن القول بأن بيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل . فابن تاطبناز بعده (١) . فإن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً ولا يصحح عقداً باطلاً ، فلو كان بيع عقار الغير صحيحاً قبل التسجيل فانه ينبغي أن يستمر صحيحاً بعده (٢) . ولما كان بيع عقار الغير قابلاً للإبطال قبل التسجيل ، فانه يجب أن يستمر قابلاً للإبطال بعد التسجيل .

(١) وهذا ما قال به الأستاذ أحمد نجيب الهلالى فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧١ .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٢ - وهذا هو الأمر في القانون الألمان كما سبق القول .

كذلك لا يمكن القول بأن بيع ملك الغير حتى يكون باطلا يجب أن يكون المنسود بالبيع نقل الملكية في الحال، والبيع غير المسجل لا ينقل الملكية في الحال، فيبيع عقار الغير صحيح قبل التسجيل، ويبقى صحيحاً بعد التسجيل لأن التسجيل لا يبطل عقداً صحيحاً (١). ذلك أنه يجوز أن يقصد المتعاقدان نقل الملكية في الحال، ولكنهما لا تنتقل فعلاً لسبب لا يرجع إلى إرادتهما. ففي حالة البيع غير المسجل لا يزال المتعاقدان يقصدان نقل الملكية في الحال، ولكن يحول دون ذلك ضرورة التسجيل وهو وضع اقتضاه القانون لا إرادة المتعاقدين. فتبقى علة البطلان - وهي قصد نقل الملكية في الحال - متوافرة في بيع عقار الغير قبل التسجيل، فيكون هذا البيع قابلاً للإبطال، وقد ورد نص للتقنين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) صريحاً في هذا المعنى كما سبق القول (١٠).

(١) وهذا ما ذهب إليه الأستاذ حلمي سميت بدوى في المقارن المشار إليه - مدون والاقتصاد ١ ص ٩٨ وما بعدها). فهر يرى - كما سبق القول، أن علة بطلان بيع ملك الغير هي أن الملكية في البيع يجب أن تنتقل في الحال، ومن يبيع ملك غيره لا يترتب عن بيعه هذا الأثر ولما كانت هذه العلة قد زالت بصدور قانون التسجيل، فقد زال سبب البطلان - ومن ثم يكون بيع عقار الغير في رأيه صحيحاً قبل أن يسجل، ويبقى صحيحاً حتى بعد التسجيل - هذا وقد حمى التقنين المدني الجديد (م ١/٤٦٦) كل خلاف في هذه المسألة بنص صريح كما قدمنا.

(٢) أنظر في هذا المعنى الأستاذ أبو رسلان فقرة ٤٠١ - الأستاذان سليمان مرقس فقرة ٢٨٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٩١ - وهذا هو الرأي الذي قلنا به في عهد التقنين المدني السابق، وأرجزناه في كتاب الإيجار في المبارات الآتية : ه هذا ويلاحظ أن بيع ملك الغير في مصر لا يزال باطلاً حتى بعد صدور قانون التسجيل الحديث، لأن البيع لا يزال من طبيعته نقل الملكية، إذ هو يولد التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية، وإن كانت لا تنتقل إلا بالتسجيل. وعن ذلك فالتناقض بين بيع ملك الغير وطبيعة البيع لا يزال موجوداً، والنص المنشئ للبطلان (م ٢٢٣/٢٦٤) لم يلغ قانون التسجيل. ومن ثم قلنا ببطلان بيع ملك الغير، سواء قبل تسجيل العقد أو بعد التسجيل. ولا يصح في نظرنا القول بأن بيع ملك الغير صحيح حين تسجيل العقد باطل بعد التسجيل - أنظر الأستاذ الهلالي في البيع فقرة ٣٩٠ - فقرة ٢٤٨ - لأن التسجيل لا يزال حتى الآن مجرد الإشهار، وليس من شأنه أن يبطل عقد صحيحاً أو يصحح عقداً باطلاً (عقد الإيجار للدولة - فقرة ٧٨ ص ١٠٩ هامش رقم ٣ - وانظر أيضاً طبيعة العقد للإستاذ ص ٩١١ هامش رقم ١).

وأنظر أيضاً في هذا المعنى في عهد تقنين المدنى السابق الأستاذ - مدون (البيع - ص ١٠٧) أحمد جوي - اهلال - ص ١٠٧ (ركي - ص ١٧٤ - ص ١٧٥) -

ب - أحكام بيع ملك الغير

١٦٠ - فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى المالك الحقيقي : بعد أن أصلنا بطلان بيع ملك الغير على النحو المتقدم ، ننقل إلى بيان أحكام هذا البيع : (أولاً) فيما بين المتعاقدين (ثانياً) بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

أولاً - فيما بين المتعاقدين :

١٦١ - المشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع : لما كان بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، فالمشتري وحده هو الذي يجوز له طلب إبطال البيع (م ١/٤٦٦ مدني) . وله أن يتمسك بإبطال البيع ، إما في صورة دعوى إبطال يرفعها على البائع ليسترد منه الثمن أو ليستبق ضمان الاستحقاق ، وإما في صورة دفع يدفع به دعوى البائع إذا طالبه هذا بالثمن (١) .

وللمشتري أن يتمسك بإبطال البيع حتى قبل أن يتعرض له المالك الحقيقي (٢) ، وحتى لو كان يعرف وقت البيع أن البائع لا يملك المبيع . فهو إنما رضى بالمبيع معتقداً أن البائع يستطيع أن يحصل على ملكية المبيع فينقلها إليه ، فإذا تبين له أن البائع لا يستطيع ذلك ، فليس عليه أن ينتظر حتى يتعرض له المالك الحقيقي ، بل له أن يبادر إلى المطالبة بإبطال البيع . وهذه هي المزية الجوهرية في أن المشرع قد نص على جعل بيع ملك الغير قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري ، كما سبق الفون . وإذا رفع المشتري دعوى الإبطال (٣) ، فقد ثبت حقه في إبطال البيع . وينتج عن القاضي أن يحكم له بذلك ، حتى لو أقر المالك الحقيقي البيع أو أصبح البائع مالكا قبل صدور الحكم ، مادام المشتري قد رفع دعوى الإبطال قبل

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بودري وسينيا فقرة ١٤٩ ص ١١١ - بيدان ١ . فقرة ١٠٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٠ - ص ٥١ كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ .

(٢) استئناف مختلط ١١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٩٨ .

(٣) وسنرى أن دعوى الإبطال هي غير دعوى الفسخ وغير دعوى ضمان الاستحقاق .

إقرار المالك الحقيقي أو قبل صيرورة البائع مالكا . ذلك أن القاضى إنما يرجع فى حكمه إلى وقت رفع الدعوى ، وفى هذا الوقت كان البيع قابلا للإبطال ولم يكن المالك الحقيقى قد أقره أو أصبح البائع مالكا تمسيع (١) .

وتسقط دعوى الإبطال بانقضاء ثلاث سنوات من وقت علم المشتري بأن البائع لا يملك المبيع ، وتسقط على كل حال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أقر المالك الحقيقى البيع قبل أن يتمسك المشتري بالإبطال بإجراء صحيح ، فإن البيع ينتقل صحيحاً (١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٧ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٢ ص ١٠٨) . وقضت أيضاً بأن للبائع أن يحتج بإقرار المالك الحقيقى للبيع فى دعوى الإبطال التى رفعها المشتري (٢٧ أبريل سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٦٥) . ويبرر القضاء المرسى من هذا النوع (أنظر بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٤ - ١١٥ - بلايول وريبير وبولاجيه ٢ فقرة ٢٢٢١ وأحكام القضاء المرسى المشار إليها) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن عدم رجوع المشتري عن البيع فى بيع ملك الغير وإعلان البائع بهذا الرجوع (أى ولو قبل رفع الدعوى) قبل صدور الإقرار من المالك الحقيقى يكتفى لسقوط البيع ، ولو أقر المالك بعد ذلك (٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢ - وانظر أيضاً فى هذا المعنى بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦) .

وعلى العكس ، ما تقدم قضت محكمة استئناف مصر بأن إحالة بيع ملك الغير ، إذا تمت بعد رفع الدعوى وقبل الحكم ، تعتبر قياماً من جهة البائع لملك الغير بتنفيذ تعهده وهو نقل الملكية ، ويصح قبل الإجازة بعد رفع الدعوى متى لم يصب المشتري ضرر من هذا التأخير ، وذلك بناء على أن بيع ملك الغير قابل للفسخ (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢/٢٩ ص ٨٤ - وانظر أيضاً فى هذا المعنى جيوار فقره ١٨٩ - دى هنس لفظ vente ص ١٤ - الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٧٩ ص ١٧١) .

ولاشك فى أن إبطال البيع بمجرد إعلان المشتري رجوعه فيه وقبل رفع دعوى الإبطال ، بالرغم من إقرار المالك الحقيقى للبيع أو صيرورة البائع مالكا وذلك قبل رفع الدعوى ، يتعارض مع النص الصريح (م ٤٦٧ مدنى) . أما قبول إقرار المالك الحقيقى بعد رفع دعوى الإبطال وقبل صدور الحكم ، أو صيرورة البائع مالكا ما بين هاتين الفترتين ، فقد يتفق مع المبدأ القاضى بتحريم التعسف فى استعمال حق الإبطال ، إذا ظهر أنه لم تعد للمشتري مصلحة بعد ذلك فى التمسك بالإبطال . ونظير ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٤ مدنى من أنه : ١ - ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . ٢ - ويبقى بالأخص مزمناً بالعقد الذى قصد إبرامه ، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد .

(م ١٩ - الوسيط ص ٤)

البيع ، وهذا قياساً على سائر دعاوى الإبطال (١) .

أما البائع فلا يملك طلب إبطال البيع ، لأن الإبطال لم يقرر لمصلحته بل لمصلحة المشتري (٢) . وهناك رأى وجيه يذهب إلى أن للبائع طلب إبطال البيع للغلط ، إذا كان يجهل وقت البيع أن المبيع غير مملوك له (٣) .

(١) أنظر من هذا للرأى في الفقه المصرى الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٩٦ ص ٥٨١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٠ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٧ - ص ١٨ - وفي الفقه الفرنسى : أوبرى ورو ٥ فقرة ٢٥١ ص ٤٢ - بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - ص ٥٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٨ .

ومع ذلك فقد ذهب الأستاذ سليمان مرقس - ويرافقه الأستاذ محمد كامل مرسى (فقرة ٢٢٣ ص ٤٤٤) - إلى أن المادة ٤٦٦ لم تتضمن حكماً للتقادم خاصاً بهذا الحق ، فتسرى عليه الأحكام العامة . غير أن المادة ١٤٠ التى حددت مدة تقادم دعاوى الإبطال بثلاث سنوات قد هيئت في كل حالة من حالات الإبطال مبدأ هذه المدة ، وهو تاريخ كشف الغلط أو التدليس أو انقطاع الإكراه أو زوال نقص الأهلية ، ولم تحدد مبدأ مدة تقادم دعوى إبطال بيع ملك الغير . فيتمتع القول بأن هذه المدة تبدأ من وقت إبرام العقد ، وبأن الحق في رفع هذه الدعوى لا يتقادم بمضى ثلاث سنوات لأن المشرع لم يأخذ بالمدة الأخيرة إلا في الحالات التى حدد فيها مبدأ هذه المدة نالاً لوقت إبرام العقد . أما حيث تبدأ المدة من وقت العقد ، فإن التقادم لا يتم إلا بخمس عشرة سنة (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٩ ص ٤٩٩ - ص ٤٥٠) . ونخالف هذا الرأى ، فإن المواد ١٣٨ - ١٤٠ مدنى جاءت العبارة فيها عامة تشمل جميع العقود القابلة للإبطال أيا كان سبب البطلان ، فيدخل فيها بيع ملك الغير ، ويسقط الحق في إبطال هذا البيع بثلاث سنوات (م ١/١٤٠ مدنى) . ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١٤٠ مدنى لم تحدد مبدأ سريان التقادم بالنسبة إلى بيع ملك الغير ، فقياساً على الأحوال التى حدد فيها النص مبدأ سريان التقادم - ويستخلص منها أن مبدأ السريان لا يكون إلا عند تمكن صاحب الحق في الإبطال من رفع الدعوى - يجب القول بأن التقادم في حالة بيع ملك الغير لا يبدأ سريانه إلا من وقت تمكن المشتري من رفع دعوى الإبطال أى من وقت علمه بأن البائع لا يملك المبيع . وقياساً أيضاً على الحالات المتقدمة - الغلط والتدليس والإكراه - تسقط دعوى الإبطال أيضاً بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور بيع ملك الغير . وليس صحيحاً أن مدة الثلاث سنوات تبدأ دائماً من وقت تال لإبرام العقد ، فقد تبدأ من وقت إبرام العقد ، كما إذا انقطع الإكراه بمجرد تمام العقد فتتقادم دعوى الإكراه بثلاث سنوات من هذا الوقت ، وكما إذا كان المشتري في بيع ملك الغير يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع فتتقادم الدعوى بانقضاء ثلاث سنوات من وقت صدور البيع (الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨) .

(٢) بيدان ١١ فقرة ١٠٥ .

(٣) ديفرجيه ١ فقرة ٢٢٠ - ماركاديه م ١٥٩٩ فقرة ٢ - كولاد وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣١٨ - الأستاذان =

١٦٢ - وللشئى أن يطلب التعريض : ولا يقتصر المشترى على

طلب إبطال البيع ، بل له أيضاً أن يطلب بتعريض ما أصابه من ضرر ، من خسارة لحقت به أو كسب فاته ، بسبب إبطال البيع (١) . ولكن يشترط في ذلك أن يكون حسن النية (٢) ، أى ألا يكون وقت البيع حالماً بأن البائع لا يملك المبيع (٣) . أما إذا كان يعلم ذلك ، فانه يستطيع أن يطلب بإبطال البيع ، ولكنه لا يسترد إلا الثمن دون أى تعويض ، بل دون مصروفات البيع التى أنفقها ،

= أحد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٨٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٤١ ص ١٠٠ - بل يذهب بعض الفقهاء إلى أن البائع حتى لو كان سيئ النية أن يدفع بعدم تسليم المبيع إذا كان لم يسلّمه إلى المشترى ، لأن إجبار البائع على تسليم المبيع وهو ليس بمالك فيه إكراه له على أن يعتدى على ملك الغير (يبدان ١١ فقرة ١٠٥) .

على أن طائفة من الفقهاء يذهبون إلى أنه لا يجوز للبائع طلب إبطال البيع ، سواء كان سيئ النية أو حسن النية ، لأن طلب الإبطال لم يتقرر إلا لمصلحة المشترى ، ولأن التزام البائع بالضرر يتعارض مع إبطاله للبيع ، ولأن البائع حتى لو كان حسن النية مقصر في بيعه شيئاً غير مملوك له : بودرى وسبينا فقرة ١١٩ ص ١١١ - ص ١١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٩٩ - وانظر عرضاً لهذه الآراء المختلفة : الأستاذين احمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ١٢٥ هامش رقم ٣ .

ولا يجوز للمالك الحقيقي أن يضمن في البيع بالإبطال ، إذ أن البطلان لم يتقرر لحايته هو بل لحماية المشترى ، وإنما يرفع دعوى استرداد المبيع من تحت يد حائزه ، ولا يحتاج عليه بالبيع فالباع غير نافذ في حقه (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥١) .

(١) ويميل الفقه الفرنسى إلى جعل معنى التعريض هنا كداء في ضمان الاستحقاق (يبدان ١١ فقرة ١٠٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنيكلويدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٠٦) .

(٢) استئناف مختلط ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .

(٣) ويكون حسن النية لو جهل ذلك ، حتى لو كان جهله راجعاً إلى خطأ جسيم و جانبه (بلانيول وريبير وهامل ١٠٠ فقرة ٤٩ - قارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥١ ص ٤١ - يبدان ١١ فقرة ١٠٨) .

ذلك أنه أقدم على البيع وهو عالم بأن المبيع غير مملوك للبائع ، فهو الذى يحمل تبعه ذلك (١) .

ولا يشترط فى جواز المطالبة بالتعويض أن يكون البائع سيء النية ، أى أن يكون عالماً وقت البيع أن المبيع غير مملوك له . فحتى لو كان البائع حسن النية ، يعتقد وقت البيع أنه مالك للمبيع ، لم يمنع ذلك من جواز أن يطالب المشتري بتعويض على النحو المتقدم (٢) . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٤٦٨ مدنى إذ تقول : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع ، وكان يجمل أن المبيع غير مملوك للبائع ، فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية (٣) » .

ومصدر التعويض ، بعد إبطال البيع ، لا يمكن أن يكون عقد البيع نفسه ، فقد زال بالإبطال . وإنما يصح أن يرد مصدر التعويض فى حال سوء نية البائع إلى الخطأ التقصيرى ، وفى حالة حسن نيته إلى نظرية الخطأ فى تكوين العقد

(١) استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - أوروى ورر ٥
فقرة ٣٥١ هامش ٤٨ - بودرى وسينيا فقرة ١١٩ ص ١١٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٤٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٥ ص ٤٤٩ .
ولكن يجوز للمشتري ، حتى لو كان عالماً وقت البيع بأن المبيع غير مملوك للبائع ، أن يشترط فى عقد البيع الرجوع بالتعويض على البائع فوق استرداده للثمن إذا انتزع المالك الحقيق المبيع من يده (بلانيول وريبير هامل ١٠ فقرة ٤٩ ص ٥٣ - أنسيكلو ييدى دالوز ٥ لفظ *vente* فقرة ٤٠٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٥) - وعلى العكس من ذلك لا يستطيع البائع إخلاء نفسه من المسؤولية عن التعويض إذا كان أساس هذه المسؤولية هو الخطأ التقصيرى إذ لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية (الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢) .

(٢) قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٤٦ مكررة .

(٣) نقض مدنى ١٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ٤ ص ١٣ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢١ - ولكن قارن فى عهد التقنين المدنى السابق رأياً يذهب إلى أن البائع حسن النية لا يكون مسئولاً عن التعويض ، استناداً إلى النص الفرنسى للمادة ٣٣٣/٢٦٥ وهو يشترط فى التعويض سوء نية البائع (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥١٨ - دى هلتس ٤ لفظ *vente* فقرة ١٩ - والتون ١ ص ٣٣٩ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٨٦ - فقرة ١٨٨) .

(culpa in contrahendo) (١). كما يجوز القول هنا بتحول العقد ، فيتحول بيع ملك الغير بعد إبطاله إلى عقد ملزم للبائع بالتعويض ، على أساس أن النية المحتملة للمتعاقدين قد انصرفت إلى هذا الإلزام لو أنهما كانا يعلمان أن البيع سيطل (٢).

١٦٣ - وللمشتري أنه يجزى البيع - وهو الفسخ وضمانه

الوضمان : أن المشتري قد لا يطلب إبطال البيع ، بل يجزه صراحة أو ضمناً (٣) ، فينقلب البيع صحيحاً ، ويبقى منشأاً للالتزامات في جانب البائع والتزامات في جانب المشتري . ولكن البيع على هذا النحو لا ينقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لأن المالك الحقيقي وهو أجنبي عن العقد لا تنتقل منه الملكية إلا برضائه . وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤٦٦ مدني إذ تقول : « وفي كل حال لا يسرى هذا البيع في حق المالك للعين المبيعة ، ولو أجاز المشتري العقد »

وإجازة المشتري للعقد تزيل قابليته للإبطال ، وتقلبه صحيحاً فيما بين المتعاقدين كما قدمنا . فيكون البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع وتسليمه (٤) وبضمان

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٦ ص ٤٤٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٥٢ - الأستاذ إسماعيل غانم ص ١٨ .

(٢) ويقول بعض الفقهاء الفرنسيين إن مصدر المسؤولية من التعويض إذا كان البائع حسن النية هو أنه يعتبر مقصراً إذ باع ما لا يملك ، وإذا كان سيئ النية فصدر المسؤولية من اختلاسه لملك الغير (stellionat) (بلايول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٣١٩) . ويقول فقهاء آخرون بأن مصدر التعويض هو خطأ البائع في أنه باع ما لا يملك ، ولكن مسؤولية البائع ليست مسؤولية تعاقدية لأن العقد قد أبطل ، ولا هي مسؤولية تقصيرية لأن الخطأ وقع بمناسبة عدم تنفيذ العقد ، ولكنه خطأ يتقدم العقد (précontractuelle) (بيدان ١١ فقرة ٩٨ ص ٦٧ . وبشير إلى رسالة روبيه ليون سنة ١٩١١) .

(٣) وتستخلص الإجازة الضمنية من تنفيذ المشتري للبيع مختاراً بعد علمه بأن المبيع غير مملوك للبائع ، كأن ينسلم المبيع أو أن يدفع الثمن (بودري وسيفيا فقرة ١١٩ ص ١١٢) .
(٤) بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤٨ ص ٥٢ - وهناك خلاف في التزام البائع بتسليم البيع ، فقد قدمنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن للبائع أن يدفع دعوى المشتري بالتسليم ولو كان =

الاستحقاق (١) والميوب الخفية وبغير ذلك من التزامات البائع . ويكون المشتري ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وبسلم المبيع .

ولكن لما كان البائع لا يستطيع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع لأنه لا يملكه ، فان المشتري يجوز له في هذه الحالة المطالبة بفسخ البيع ، ويجوز له أيضاً إذا تعرض له المالك الحقيقي أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق (٢) .

١٦٤ - ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأبلاوة ملكية المبيع الى

البائع : ولا ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بإجازة المشتري فحسب ، بل هو أيضاً ينقلب صحيحاً باقرار المالك الحقيقي كما سنرى ، وينقلب أخيراً صحيحاً

= البائع يسمى النية حق لا يجبر على الاعتداء على ملك الغير (بيدان ١١ فقرة ١٠٥) . وهناك رأى آخر يذهب إلى وجوب أن يكون البائع حسن النية ليكون له هذا الدفع ، إذ يستطيع عندئذ أن يضمن في البيع بالغلط (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٦٧ ص ٥٧٩) . انظر آنفاً فقرة ١٦١ .

ولكن إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، لم يستطع أن يسترده منه ليلزمه إلى المالك الحقيقي ، ذلك أنه يضمن تعرضه الشخصي (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٦٨ ص - ٤٤٧)

(١) والفرق بين الرجوع بضمان الاستحقاق بعد إجازة البيع والرجوع بدعوى الإبطال دون إجازة البيع ، أن دعوى الاستحقاق لا يرفعها المشتري إلا إذا تعرض له المالك الحقيقي فملاً وطالب بـ رد المبيع ، أما دعوى الإبطال فيرفعها المشتري حق قبل تعرض المالك الحقيقي له . حل أن المشتري بعد إجازة البيع وقبل تعرض المالك الحقيقي يستطيع أن يرفع دعوى الفسخ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدى : « وتلاحظ الصلة الوثيقة بين بيع ملك للغير وضمان الاستحقاق ، فإن الاستحقاق إذا كان كلياً كان هذا هو بيع ملك الغير ، إذ يكون قد اتضح أن البائع قد باع شيئاً مملوكاً لأجنبي . ولذلك تكون أحكام ضمان الاستحقاق مكلفة لأحكام بيع ملك الغير . ويترتب على ذلك أن المشتري في بيع ملك الغير يكون بالخيار ، إذا استحق المبيع في يده ، بين فسخ البيع أو إبطاله أو الرجوع بضمان الاستحقاق . ويلاحظ أنه إذا اختار الفسخ ، فليس له أن يطالب البائع حسن النية بتعويض يستطيع أن يطالب به لو اختار إبطال العقد (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٩٤) .

وتعليل عدم جواز الحكم بتعويض على البائع حسن النية في دعوى الفسخ أن العقد إذا أجزى ثم فسخ ، انعدم مصدر التعويض على أساس الخطأ في تكوين العقد إذا أن هذا الأساس يفترض أن العقد لم يتكون ، وعلى أساس التحول إذ أن هذا الأساس يفترض أن العقد نشأ باطلاً أو قابلاً للإبطال وبقي كذلك . فلم يبق إلا أساس الخطأ ، وهذا الأساس أيضاً يستبعد إذا كان البائع حسن النية .

إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني ، إذ تقول : « وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد » .

ذلك أنه إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع - كأن ورث البائع المالك الحقيقي أو اشترى المبيع منه أو تلقاه وصية أو نحو ذلك - وهو يزال ملتزماً بنقل الملكية لأن المشتري لم يتمسك بعد بإبطال البيع (١) ، فإن هذا الالتزام ينفذ فوراً ما دام العائق الذي كان يحول دون تنفيذه ، وهو انعدام الملكية عند البائع ، قد زال وأصبح البائع مالكا . ومن ثم تنتقل الملكية إلى المشتري - بعد التسجيل في العقار - بمجرد إيلولتها للبائع (٢) . ومتى أصبح المشتري مالكا للمبيع ، لم يعد هناك محل لإبطال البيع ، لأن الإبطال تقرر لحماية المشتري وقد أصبح الآن في غير حاجة لهذه الحماية . فينقلب البيع صحيحاً ، وذلك بحكم القانون لا بحكم الإجازة . ويكون البائع ، بعد أن انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري ، ملتزماً

(١) وقد قلنا أنه إذا رفع المشتري دعوى الإبطال قبل إيلولة ملكية المبيع إلى المشتري ، وجب الحكم بإبطال البيع ولو أصبح المبيع ملكاً للمشتري قبل صدور الحكم النهائي (بوديوسينا فقرة ١١٩ ص ١١٤ - ص ١١٥ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٢٢١) . وبينما أن هناك رأياً يذهب إلى أنه يكفي أن يطلب المشتري إبطال البيع بأية طريقة ولو بمجرد كتاب ، دون حاجة إلى رفع دعوى الإبطال ، حتى يمنع تصحيح العقد ولو آلت ملكية المبيع إلى البائع قبل رفع دعوى الإبطال (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٠ ص ٥٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٦) . وقلنا إن هذا رأي يتعارض مع النص الصريح (م ٤٦٧ مدني) . وذكرنا أن هناك رأياً آخر يذهب ، على العكس من الرأي المتقدم ، إلى أن البيع يصح بإيلولة ملكية المبيع إلى البائع ، حتى لو تم ذلك بعد رفع دعوى الإبطال ما دام قد تم قبل صدور الحكم النهائي (جيوار فقرة ١٨٩ - دي هلتس ٤ لفظ vente فقرة ١٤) ، وأستأ هذا على المبدأ للقاضي بحريم التمسك في استعمال حق الإبطال . وانظر أيضاً الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٧٩ ص ١٧١ ، ولكنهما فيما يتعلق بإقرار المالك الحقيقي لبيع يلعبان إلى أن البيع لا يصح إلا إذا صدر الإقرار قبل رفع المشتري دعوى الإبطال (أنظر فقرة ١٨١) - أنظر في كل ذلك ما قدمناه آنفاً فقرة ١٦١ في الهامش .

(٢) وينتقل المبيع إلى المشتري محلاً بالحقوق التي رتبها عليه المالك الحقيقي قبل أن تنتقل الملكية منه إلى البائع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٠ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٣٤ ص ٤٤٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١١٤ ص ٢٤٩ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ١٧٩) .

بتسليمه إياه وبضمان الاستحقاق لسبب آخر وبضمان العيوب الخفية . ويكون المشتري من جهته ملتزماً بدفع الثمن والمصروفات وتسلم المبيع (١) .

ثانياً - بالنسبة إلى المالك الحقيقي .

١٦٥ - إذا لم يفر المالك الحقيقي البيع : وسواء أجاز المشتري البيع أو لم يجزه ، فإن المالك الحقيقي أجنبي عن هذا البيع ، فلا يسرى في حقه كما قدمنا . ومن ثم يبقى المالك الحقيقي مالكا للمبيع إذا لم يفر البيع ، ولا تنتقل منه الملكية إلى المشتري ولو أجاز المشتري البيع فانقلب صحيحاً . ويترتب على ذلك أنه إذا سلم البائع المبيع إلى المشتري ، فإن المالك الحقيقي يستطيع أن يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق ، وأن يرجع على البائع بدعوى التعويض .

يرجع على المشتري بدعوى الاستحقاق لأنه لا يزال مالكا للمبيع كما قدمنا ، فيسترده من تحت يده . بل له فوق ذلك أن يطالبه بالتعويض إذا كان سيء النية . أما إذا كان حسن النية ، فلا يرجع عليه بتعويض ، بل لا يرجع عليه بالثمار فإن المشتري وهو حسن النية يملك الثمار بالحيازة . ويرجع المشتري من جانبه على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ أو بدعوى الإبطال على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . على أن المشتري قد يملك المبيع ، لا بعقد البيع ، ولكن بسبب آخر من أسباب كسب الملكية . فهو إذا كان حسن النية ، يكسب المنقول بالحيازة ، ويكسب العقار بالتقادم القصير . وإذا كان سيء النية ،

(١) وقد قدمنا أن المشتري قد يكسب الملكية ، لا عن طريق أيلولتها إلى البائع ، بل عن طريق التقادم أو الحيازة في المنقول ، فيصح البيع في هذه الحالة بعد زوال السبب الذي كان يدعو إلى إبطاله . وذكرنا أن هناك رأياً يذهب إلى أن المشتري في هذه الحالة لا يازم بالتسليم بوضع اليد فقد لا يقره ضميره هل ذلك (انظر آنفاً فقرة ١٥٤ في الهامش) - وقد يكون البائع قد سبق له التصرف فيما باعه ثم استرد ملكيته ، فيصبح مالكا ويصح البيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشتري بأن البائع له ، وإن كان قد سبق أن تصرف في القدر المبيع ، إلا أنه قد استرد ملكيته بعدوله من العقد الذي كان تصرف به فيه وأن البيع الحاصل له هو قد أجازاه من كان حصل له التصرف أولاً ، فيجب على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع وتفصل فيه بناء على أدلة متجة لحكمها (نقض مدني ٨ يونيو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٧ ص ٤٠٣) .

يكسب كلا من المنقول والعقار بالتقادم الطويل . فإذا ما كسب المشتري ملكية المبيع بالحيازة أو بالتقادم ، لم يستطع المالك الحقنى أن يسترده منه (١) .

ومن أجل ذلك كان للمالك الحقنى أن يرجع على البائع بالتعويض . يرجع عليه بالتعويض إذا ملك المشتري المبيع بالحيازة أو بالتقادم كما قدمنا ، فيتقاضى منه ما أصابه من ضرر بسبب فقده للمبيع . وكذلك يرجع عليه بالتعويض حتى لو لم يكسب المشتري ملكية المبيع ، ولكن ملك الثمار وهو حسن النية بموجب الحيازة ، فيتقاضى المالك الحقنى من البائع قيمة هذه الثمار (٢) . ويرجع عليه بالتعويض أخيراً حتى لو لم يملك المشتري المبيع ولا الثمار ، يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر بسبب خروج المبيع من يده . ومصدر التعويض هنا هو خطأ البائع ، فقد تسبب في الإضرار بالمالك الحقنى ببيعه شيئاً مملوكاً لهذا الأخير ، لاسيما إذا كان البائع سيء النية فانه يكون في هذه الحالة مقتصباً . ويجوز الرجوع على البائع بالتعويض حتى لو كان حسن النية ، فان حسن النية لا يبنى أن يكون هناك خطأ في جانبه لعدم تحرزه في بيع ما لا يملكه (٣) . لكن إذا ثبت أن البائع كان حسن النية ولم يرتكب أى خطأ ، كأن وجد المبيع مثلاً في تركة مورثه واعتقد بحسن نية أنه قد ورثه فباعه ، لم يكن هناك محل للرجوع عليه بالتعويض .

١٦٦ - إذا أقر المالك الحقنى البيع : وقد بقر المالك الحقنى البيع بالرغم من أنه أجنبي عنه ، وهذه خصوصية في بيع ملك الغير كما قدمنا . وهذا الإقرار من شأنه أن ينقل الملكية من المالك الحقنى إلى المشتري ، إذ زال العائق

(١) بودرى وسهيا فقرة ١٢٥ - وانظر آنفاً فقرة ١٥٤ في الهامش وفقرة ١٦٤ في الهامش .

(٢) استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٣٨ .

(٣) فيكون البائع بالرغم من حسن نية معرضاً لدعوى تعويض يرفعها عليه البائع ، ودعوى تعويض أخرى يرفعها عليه المشتري كما سبق القول . ودعوى التعويض التي يرجع بها المالك الحقنى على البائع لا يبدأ مريان التقادم بالنسبة إليها من وقت وضع البائع يده على المبيع ، بل من وقت البيع الذي صدر منه للمشتري فهو سبب التعويض . وتقدر قيمة الشيء وقت وجوب رده، للمالك الحقنى لا وقت البيع (استئناف مخطط ٣١ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٥٣) .

الذى كان يحول دون نقل الملكية برضاء المالك الحقيقي بالبيع . ولذلك يجب تسجيل هذا الإقرار في بيع عقار الغير . ومنى انتقلت الملكية إلى المشتري ، فقد زال البيع الذى من أجله جعل المشرع البيع قابلاً للإبطال ، فينقلب صحيحاً إقرار المالك الحقيقي (ratification) كما رأينا. ينقلب صحيحاً بإجازة المشتري (confirmation) . بل إن الإقرار أبعد أثراً من الإجازة ، إذ هو لا يقتصر على تصحيح العقد فيما بين المتعاقدين ، بل يجعل العقد فوق ذلك سارياً في حق المالك الحقيقي وينقل الملكية إلى المشتري (١) . وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٦٧ مدنى ، إذ تقول : « إذا أقر المالك البيع ، صرى العقد في حقه ، وانقلب صحيحاً في حق المشتري » (٢) .

وينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري من وقت صدوره ، أى أن لإقرار المالك الحقيقي كما لإجازة المشتري في هذا الشأن أثر أجمعياً . ويسرى العقد في حق المالك الحقيقي من وقت الإقرار ، فلا تنتقل الملكية منه إلى المشتري إلا من هذا الوقت وهذا فيما يتعلق بحقوق الغير . ويترتب على ذلك أنه إذا كان المالك السابق قد رتب حقاً عينياً على المبيع قبل إقراره للبيع ، انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري مثقلة بهذا الحق ، وجاز للمشتري أن يرجع على البائع بضمان مستحقاق الجزئى (٣) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى و مجموعة الأعمال تحضيرية : ص ١٩٢ .
(٢) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - وقد قضت محكمة النقض بأن توقيع المالك الحقيقي على عقد البيع الصادر من غيره يبيع ملكه هو باعتباره ضامناً مع البائع يعتبر إقراراً للبيع ، وليس من الضروري أن يرد الإقرار في صيغة إقرار صريح . رخص مدنى ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١١ ص ٤٢٢ - أنظر أيضاً نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣١ ص ١٠٦ . ولا يكون إقرار المالك الحقيقي للبيع إقراراً ضامناً بمجرد قبضه للثمن ، بل لا بد أيضاً أن يعرف أن هذا هو ثمن ماله المبيع (استئناف مختلط ٢٥ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختصة بأن وكيل المسجون لا يجوز له أن يبيع ماله والموكل محجور عنه أثناء تنفيذ الحكم ، فإذا باعه كان البيع مع ملك للغير ، ويقبل إقرار المسجون بعد تنفيذه مدة التسوية وذلك الجبر عنه (٢ فبراير سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٤٦) .

(٣) بودرى وسبينيا فقرة ١٢٥ - بلانيزل وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥٥ ص ٥٤ هامش ٥ وص ٥٥ - بيدان ١١ فقرة ١٠٧ - الأنداز سلطان فقرة ٤٠٨ - الأنداز سلطان فقرة ٢٠٣ .

ولإذا ما انقلب العقد صحيحاً بإقرار المالك الحقيقي ، بنى مرتباً لالتزاماته .
فيكون البائع ملتزماً بنقل الملكية وقد انتقلت فعلاً بإقرار المالك . ويكون ملتزماً
كذلك بضمان الاستحقاق كما إذا كان المالك قد رتب حقاً عينياً على البيع قبل
إقراره للبيع ، وملتزماً بضمان العيوب الخفية . أما المشتري فيكون ملتزماً بدفع
الثمن والمصروفات وبسليم المبيع (١) .

§ ٢ - بيع المال الشائع

١٦٧ - صور مختلفة : إذا ملك اثنان أو أكثر مالا بحصص معينة
من غير أن تفرز حصة كل منهم ، فالمال مشاع ، وهم شركاء في الشيوع
(م ٨٢٥ ملق) . ويملك كل شريك في الشيوع حصته الشائعة ملكاً تاماً ، وله
أن يتصرف فيها بجميع التصرفات الجائزة . ويتخذ التصرف في المال المشاع صوراً
متعددة ، نقف عند ثلاث منها :

(١) ويقول الأستاذ سليمان مرقس : « إن إقرار المالك بعد امتداد مهلة لتمامه به البائع ،
فيترتب عليه التزام المالك من وقت صدور هذا الإقرار به بكل ما للزم به البائع ، أي أنه يحل
في عقد البيع ابتداء من هذا التاريخ محل البائع ، وتقوم العلاقة بين وبين المشتري مباشرة .
فيجوز للمالك أن يطالب المشتري بالثمن وأن يعرض عليه تسليم المبيع ، ويجوز للمشتري أن يطالب
المالك بالتسليم وأن يرجع عليه بضمان التعرض أو بضمان العيوب الخفية ضد الاقتضاء . ويترتب
على إقرار المالك أيضاً أن تبرأ ذمة البائع من الالتزامات التي أنشأها عقد البيع ، لأن هذه الالتزامات
تنتقل كما تقدم إلى ذمة المالك . غير أنه إذا كان البائع قد حصل شيئاً من الثمن ، عليه أن يؤدي
منه إلى المالك حساباً ، وأن يدفع إليه رصيد هذا الحساب كما لو كان وكيله في عقد البيع »
(الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٧٣ - وانظر أيضاً الأستاذ جيل الشرفاوي فقرة ٤٠ ص ٩٧) .
ومقتضى هذا الرأي أن إقرار المالك للبيع يحل البائع في حكم النائب عنه ، فيصرف أثر العقد
إلى المالك بعد أن كان منصرفاً إلى البائع ، وذلك بأثر رجعي من وقت البيع - لا من وقت
الإقرار إلا في حقوق الغير - ويصح القول هنا إن الإجازة للائحة كالموكالة السابقة
(دع باج ٤ فقرة ٣٢ ص ٦٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤٠١ ص ٥٨٦) .
أو يقال إن المشتري ، في حالة إقرار المالك ، يكون له مدينان بالتضامن (in solidum) ،
البائع والمالك ، ويكون هذان كذلك دائنين بالتضامن للمشتري (قارن الأستاذ منصور مصطفى
منصور فقرة ١١٢ ص ٢٤٦) .

١ - فتارة يتصرف الشريك في حصته كما هي شائعة ، فيبيعها مثلاً من شخص آخر ، شريك أو غير شريك . وهذه الصورة لا تثير إشكالا ، وهي الصورة الغالبة في التصرف في المال الشائع (١) . ورجىء الكلام في تفصيلاتها ، فكانه الملكية الشائعة . ويلاحظ أن صاحب الحصة الشائعة المنقولة إذا باعها من أجنبي بطريق الممارسة ، كان لشركائه في هذا المنقول الشائع أن يستردوا الحصة المبعة في خلال ثلاثين يوماً من تاريخ علمهم بالبيع أو من تاريخ إعلانهم به (م ٨٢٣ مدني) . أما في العقار فللشركاء الأخذ بالشفعة ، وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن .

٢ - وتارة يتصرف الشريك قبل القسمة في جزء مفرز من المال الشائع أو في كل المال الشائع الذي لا يملك إلا حصة فيه . ونبحث هذه الصورة هنا في إيجاز ، مرجئين التفصيل إلى حين الكلام في الملكية الشائعة في الجزء الخاص بحق الملكية .

٣ - وأخيراً قد يتصرف الشركاء جميعاً في المال الشائع عن طريق بيع التصفية (licitation) لعدم إمكان قسمة المال عيناً ، ونبحث هذه الصورة أيضاً في إيجاز .

١ - بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع أو كل المال الشائع

١٦٨ - بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع : إذا باع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع قبل قسمة هذا المال ، فانه يكون قد باع ما يملك وما لا يملك . ما يملك هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز ، وما لا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء . ويجب لبيان الحكم في هذا الفرض أن نميز بين حالتين : فاما أن يكون المشتري عالماً بأن البائع لا يملك الجزء المفرز الذي يبيعه وإنما يملك حصة فيه على الشيوع ، وإما أن يكون غير عالم بذلك ويعتقد بحسن نية أن البائع يملك دون شريك الحصة المفرزة التي باعها .

(١) ويختلف المشتري البائع أو حصته الشائعة ، وتصبح له جميع الحقوق التي للبائع ، ويدخل في ذلك الحق في طلب القسمة وما يترتب على الأثر الكاشف (بودري وسينيا فقرة ١٢١ ص ١١٧)

ففي الحالة الأولى يكون المبرور أن المشتري قد اشترى من البائع الجزء المبرر أو ما يحل محله مما يقع في نصيب البائع عند القسمة . فإن وقع الجزء المبرر عند القسمة في نصيب البائع فقد خلص للمشتري ، وإن لم يقع تحول حق المشتري بحكم الحلول العيني من الجزء المبرر المبيع إلى الجزء المبرر الذي وقع فعلاً في نصيب البائع (١) . وهذا الحكم منصوص عليه صراحة في التقنين المدني الجديد في الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ ، إذ تقول : « وإذا كان المتصرف منصفاً على جزء مبرر من المال الشائع ، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف ، انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة » . ومن ثم لا يجوز للمشتري في هذه الحالة أن يطلب إبطال البيع ، حتى بالنسبة إلى حصص الشركاء الآخرين غير الشريك البائع باعتبار أن البيع الواقع على هذه الحصص هو بيع ملك الغير (٢) . بل يجب أن يرى حتى يرى هل يقع عند القسمة الجزء المبرر المبيع في نصيب البائع ، فإن وقع فقد أصبح مالكا له خلفاً عن البائع ، ومنذ البيع بفضل الأثر الكاشف للقسمة وإلا فقد ملك الجزء المبرر الذي وقع فعلاً في نصيب البائع بفضل الحلول العيني الذي نصت عليه المادة ٨٢٦ مدني (٣) .

(١) استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٨ م ٥٠ ص ٢٢١ (بيع بالمزاد الجبري)
(٢) قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٧ ص ٤٧١ — ص ٤٧٢ — وذلك لأن البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف من بيع ملك الغير في أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة ، فتعتبر بفضل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع . فت البيع ، فلا يكون قد باع ما لا يملك . هذا إلى أن المشتري ، وهو يعلم أن البائع لا يملك كل الجزء المبرر الذي يبيعه ، يكون قد ارتضى شراء ما يتركز عليه حصة البائع الشائعة بعد القسمة .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٤ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ — وانظر في عهد التقنين المدني السابق : استئناف وطني ٢٦ مايو سنة ١٩١٤ ك ١ رقم ٤٠٨ ص ٢٤٩ — ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٨٧ — استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٩٢١ م ٤٢ ص ٢٤٤ — ١٢ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٢٤ (البيع صحيح إذا أقره باقي الشركاء) — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ — وانظر عكس ذلك في أن البيع باطل بطلانا مطلقاً : استئناف مصر ١٨ فبراير سنة ١٩٢٢ الهامة ١٣ رقم ٢٤ ص ١٩ . وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا على الشراء ، أن =

وفي الحالة الثانية ، إذا كان المشتري يجهل أن البائع لا يملك إلا في الشروع ، فقد وقع في غلط جوهرى متعلق بالعين المبيعة ، إذ كان يعتقد أنها مملوكة للبائع دون شريك . فيكون البيع في حصة الشريك البائع بيعاً مشوباً بخلط جوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء بيع ملك الغير ، ومن ثم يكون قابلاً للإبطال في كل المبيع . ويجوز إذن للمشتري ، قبل القسمة ، طلب إبطال البيع ، لا في حصص الشركاء الآخرين فحسب ، بل أيضاً في حصة الشريك البائع . وهذا ما تنص عليه صراحة العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ مدنى ، إذ تقول : « وللمتصرف إليه ، إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، الحق في إبطال التصرف » (١) . ولكن إذا حصلت القسمة قبل أن

= يبيع ملكه محذراً مفرزاً . وحالة التحديد هذه ، وإن ظلت موقوفة أو معلقة على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على الشروع ، إلا أن ذلك كله لا يبطل عقد البيع (نقض مدنى ٧ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٧ ص ١٣٨) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر في عهد التقنين المدنى السابق بأن الشراح والمحاكم اختلفوا رأياً في حكم المبيع المفروز من مالك على الشروع ، وترى المحكمة الأخذ بالرأى القائل بإبطال البيع طالما لم يثبت أن المشتري كان عالماً بحالة الشروع . ذلك لأن المفروض فيمن يشتري شيئاً محددة أن ينتفع بها فوراً بغير منازع ، فجعل البيع موقوفاً على نتيجة القسمة فيه تعليق للملكية من أمور احتمالية غير محققة قد يطول أمرها وتستلزم مصاريف كثيرة وجهوداً شاقة ، وليس من العدل تحميل المشتري بها (١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٦٧ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩١) .

ولا يوجد في التقنين المدنى الفرنسى نص يقابل الفقرة الثانية من المادة ٨٢٦ من التقنين المدنى المصرى . ومن ثم لا يميز القضاء الفرنسى بين المشتري الذى يعلم بأن البائع لا يملك إلا حصة شائعة والمشتري الذى يعتقد أن البائع يملك المبيع دون شريك ، في الحالتين يكون بيع الجزء المفروز قابلاً للإبطال ، لا موقوفاً على شرط هو نتيجة القسمة ، إذ لا يجوز الخلط بين الأثر الكاشف للقسمة والأثر الرجعى للشرط . ويستطيع المشتري أن يطلب إبطال البيع قبل القسمة ، ولا يستطيع البائع ذلك ، وفقاً لأحكام بيع ملك الغير . وكذلك يستطيع الشريك في الشروع غير البائع استرداد حصته الشائعة فيما باعه شريكه . فإذا رفع المشتري دعوى الإبطال ، جاز له أن يطلب إبطال البيع في كل المبيع إذا أثبت أنه لم يكن ليشتري حصة البائع وحده ، وذلك كما في الاستحقاق الجزئى (بیدان ١١ فقرة ١١٠ - فقرة ١١١) . وانظر أيضاً في القانون الفرنسى بودوى وسينيا فقرة ١٢١ . (ويذهب إلى أن البيع يكون موقوفاً على نتيجة القسمة في الحالتين) - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٥١ - أنيكلويدى دالوز ه لفظ vente فقرة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٦ .

يطلب المشتري لإبطال البيع ، فوقع الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع ، اعتبر أنه مالك له وقت البيع بفضل الأثر الكاشف للقصة ، فخلصت ملكيته للمشتري ، وانتقل البيع صحيحاً ، فلم يعد للمشتري الحق في طلب إبطال البيع . وإذا كان بيع ملك الغير ينتقل صحيحاً بصيرورة البائع مالكا للمبيع بعد البيع ، فأولى أن ينتقل البيع في الحالة التي نحن بصددنا صحيحاً وقد اعتبر البائع مالكا للمبيع وقت البيع . أما إذا لم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع ، فإن المشتري يستبقى حقه في طلب إبطال البيع ، ولا يجبر على أخذ الجزء المفرز الذي وقع فعلا في نصيب البائع ، لأن الحلول المعنى وقتاً للمادة ٨٢٦ ملغى لا يكون إلا حيث يعلم المشتري وقت البيع أن البائع لا يملك في الجزء المفرز إلا حصة في الشيوع (١) .

١٦٩ - بيع الشريك كل المال الشائع : وإذا باع الشريك كل

المال الشائع ، وكان المشتري وقت البيع يعتقد أن المال مملوك للبائع وحده ، فإن البيع يكون قابلاً للإبطال في حصة الشريك البائع للغلط الجوهرى ، وفي حصص سائر الشركاء لأن بيع الشريك لها هو بيع لملك الغير (٢) .

فإذا كان المشتري يعلم وقت البيع أن للبائع شركاء في المال المبيع ، ولم يستطع البائع أن يستخلص ملكية كل هذا المال ، كان للمشتري الحق في طلب فسخ البيع . فإن وقع جزء مفرز من المال المبيع في نصيب البائع عند القصة ،

(١) والمشتري بطبيعة الحال أن يجوز له بيع ، فيأخذ الجزء المفرز الذى وقع في نصيب البائع بدلاً من الجزء المفرز المبيع . وليس هذا نحو لا لقد باطل ، بل هو إجازة لقد قابل للإبطال (قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٧) .

وهذا كله مفروض فيه أن المبيع جزء مفرز . أما إذا باع الشريك جزءاً شاملاً مجاوزاً فيه نصيبه في الشيوع ، فالبيع غير نافذ منذ البداية فيما جاوز نصيبه . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بأن الشريك الذى يملك شاملاً القدر الذى باعه مفرزاً لا يقبل منه ولا من شركائه الإدعاء بعدم نفاذ البيع في حصصهم مادامت القصة لم تقع ولم يقع البيع في نصيبهم — هذا القول نحل أن يكون المبيع جزءاً مفرزاً معيناً من الأموال الشائعة . أما إذا كان المبيع غير مفرز ، وتجاوز البائع مقدار نصيبه الشائع ، فلا يقبل هذا القول (نقض مدنى ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٧ ص ٩٢) . وانظر في حالة ما إذا كان الجزء المبيع المفرز أنقل أو أكثر من قيمة الحصة الشائعة (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٦ ص ٤٦٨ - ص ٤٦٩) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٥ .

كان للمشتري الحق إما في أخذه مع دفع ما يناسبه من الثمن ، وإما في فسخ البيع لتفريق الصفقة . وإذا استطاع البائع استخلاص ملكية المبيع ، كان حصل على إقرار الشركاء للبيع أو اشتري حصصهم أو انتقلت إليه هذه الحصص بأي سبب آخر من أسباب انتقال الملكية ، لم يعد للمشتري الحق في طلب فسخ البيع ، إذ تنتقل إليه من البائع ملكية كل المال المبيع ولا تتفرق عليه الصفقة .

١٧٠ - أثر البيع في مفروق باقي الشركاء : وسواء وقع البيع على جزء

مفروق من المال الشائع أو على كل المال الشائع ، فإن الشركاء الآخرين - غير الشريك البائع - يعتبرون من الغير في هذا البيع بالنسبة إلى حصصهم الشائعة في الجزء المفروق أو حصصهم الشائعة في كل المال الشائع . وينفذ البيع في حقهم بالنسبة إلى حصة الشريك الشائعة ، فيحل المشتري محل الشريك البائع في هذه الحصة ، ويصبح شريكاً في الشيوع مع سائر الشركاء . فليس لشريك من هؤلاء أن يرض للمشتري في حصته الشائعة ، ولا أن يطلب إبطال البيع في هذه الحصة ، ولا أن يدعى الاستحقاق فيها . وإنما يستحق الشريك الجزء المفروق أو المال الشائع إذا وقع في نصيبه عند القسمة ، بفضل الأثر الكاشف لها (١) . وعلى العكس من ذلك

(١) وقد قضت محكمة النقض في عهد التفنين المذموم السابق بأنه إن اختلف الفقهاء والقضاء في حكم بيع الشريك جزءاً مفروقاً من مال مشاع هل يقع صحيحاً في حصة البائع منه وباطلاً في حصة شركائه أم يقع موقوفاً على نتيجة القسمة بين جميع الشركاء ، فإنما وقع اختلافهم هذا في تقرير حكم المقدم بين عاقديه . فن ذهب إلى اعتباره باطلاً جمل للمشتري حتى إبطاله من يرم المقدم لما فيه من تفريق للصفقة عليه ، ومن رأى أنه بيع موقوف لم يجعل للمشتري سبيلاً على البائع إلا عند خروج المبيع من حصة بائع بالقسمة . أما في تقرير حكم المقدم في علاقة المشتري مع من يدعى استحقاق المبيع لنفسه - سواء أكان هذا المدعى شريكاً في المال المشاع أم مطلقاً ملكه عن شريك فيه على المشاع - فلا خلاف في أنه ليس للمستحق أن يدعى الاستحقاق في البيع إلا بعد قسمة المال الشائع ووقوع المبيع في نصيبه هو لا في نصيب البائع لذلك المشتري . وإذن فكل ادعاء منه قبل ذلك يكون سابقاً لأثره ، خليفاً بأن نحكم المحكمة فيه بعدم قبوله أو برفضه (نقض مدني ١٦ يونيه سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٥٨ ص ١٢١ - ٢ ماير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٥٤ ص ١٨٩) . وقضت أيضاً بأن للشريك في الشيوع في التركة أن يبيع حصته محددة ، ولا يستطيع أحد الشركاء الاعتراض على هذا البيع والادعاء بأنه يستحق المبيع ما دام أن التركة لم تقسم قسمة إفراز (نقض مدني ٣٠ يونيه سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام =

مخلص للمشتري الجزء المهرز أو المال الشائع إذا وقع في نصيب البائع عند القسمة ،
أو إذا أقر سائر الشركاء البيع قبل القسمة (١) .

ب - بيع التصفية

(licitation)

١٧١ - متى يكون بيع التصفية : إذا كان هناك شركاء على الشيوع
في مال شائع ، وأراد أحد الشركاء القسمة ، ولم تمكن قسمة المال عيناً ، يبيع

= النفذ ٦ رقم ١٨٠ ص ١٣٤١) . وقضت كذلك بأن ليس ثمة ما يمنع البائع ، وإن كان مالكا
على الشيوع ، أن يبيع ملكه محمداً مفرزاً ، وأن حالة التحديد هذه وإن ظلت موقوفة أو معلقة
على نتيجة القسمة أو إجازة الشريك على البيع ، إلا أن هذا كله لا يبطل عقد البيع .
وبتسجيل المشتري لعقده تنتقل الملكية إليه ، ويصبح شريكاً لباقي الشركاء . يجب مفاصته
في دعوى القسمة إن لم يجر هؤلاء الباقيون من الشركة . عقده . وعلى ذلك فإنه ليس المستحق -
سواء أكان شريكاً على الشيوع أم متلفياً ملكه من شريك على الشيوع - أن يدمى الاستحقاق
في المبيع إلا بعد القسمة ووقوع البيع و نصيبه هو لافي نصيب البائع لذلك المشتري . وهذا الذي
استقر عليه قضاء هذه المحكمة في ظل القانون المدني القديم هو ما أخذ به القانون المدني الحالي
في المادة ٦٢٨ منه (نفذ مدني ٢٨ يريه سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النفذ ٧ رقم ١٠٧
ص ٧٦٠ . وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ٨١ -
استئناف أسوط ١٣ أكتوبر سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٧٣ - ولكن قارن
استئناف مصر ٥ يناير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١٩٤) .

(١) نفذ مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ الهامة ٧٧ رقم ٣٦٢ ص ٨٦٩ - الأستاذ أنور
سلطان فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ - وإذا كان المشتري حسن النية يعتقد أن الشريك البائع يملك وحده
المبيع دون شريك ، فإن البيع الصادر إليه يعتبر سبياً صحيحاً ؛ فإذا حاز المبيع خمس سنوات
ملكه بالتقادم القصير حتى فيما يتعلق بمحصر الشركاء الآخرين ، ولم يعد هؤلاء الحق في استرداد
حصصهم من تحت يده (نفذ مدني ٢٣ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة مصر رقم ١٥٢ ص ٤٢٣ -
الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤١٦ ص ٣٩٩ هامش رقم ١ - الأستاذ سليمان مرقس رقم ٢٨٨
ص ٤٧٣) .

وقبل القسمة يملك بقية الشركاء مطالبة المشتري بالاتفاق معهم على طريقة الانتفاع بالمال
المبيع بعد أن أصبح مملوكاً لهم وللمشتري على الشيوع (استئناف مصر ٢٤ أبريل سنة ١٩٤٠
الهامة ٤٢ رقم ٣١ ص ٤٦) . ولم أن يطالبوه بالقسمة ، فإذا تمت القسمة اختص كل منهم
ها بنق في نصيبه (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٨٨ ص ٤٧٣) .

(م ٢٠ - الوسيط ج ٤)

للمال ليقنسم الشركاء الثمن بنسبة حصصهم وذلك لتصفية الشروع ، ومن أجل هذا سمي هذا البيع بيع التصفية . وقد يشتري المال الشائع أجنبي فيدفع كل الثمن ، وقد يشتره أحد الشركاء فيدفع الثمن بعد استئصال نصيبه فيه بقدر حصته . وزي من ذلك أن بيع التصفية لا يكون إلا إذا توافر شرطان :

(الشرط الأول) أن يكون هناك حق في الشروع ، كحق ملكية شائع أو حق انتفاع شائع ، فإذا ملك الشيء الواحد أو حق الانتفاع فيه عدة ملاك أو عدة متفعين على الشروع ، جاز بيع التصفية (١) . ولا هبة بسبب الشروع ، فقد يكون الميراث كما هو الغالب ، وقد يكون سبباً آخر كما إذا اشترى عدة أشخاص داراً على الشروع فيما بينهم أو كان الشروع سببه في الأصل عقد شركة مدنية أو تجارية . ويجب أن تكون حقوق المتفاعين من طبيعة واحدة ، كأن يكونوا شركاء في حق ملكية أو شركاء في حق انتفاع . أما إذا وجد من يملك الرقبة ومعه من يملك حق الانتفاع ، فهذان لا يجوز بينهما القسمة ولا بيع التصفية ، لأن الرقبة غير حق الانتفاع . فإذا وجد ملاك شائعون للرقبة ، وكان حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة في يد أحد ملاك الرقبة أو في يد أجنبي ، جاز بيع التصفية في الرقبة لأنها شائعة ، ولا يجوز في حق الانتفاع لأنه غير شائع (٢) . وكذلك إذا كانت الرقبة في يد مالك واحد ، وكان حق الانتفاع لعدة متفعين على الشروع ، جاز بيع التصفية في حق الانتفاع دون الرقبة . أما إذا كانت الرقبة

(١) ويصح أن يكون الشيء المملوك على الشروع حقاً شخصياً ، كحق المتأجر وحق المورع له بالبيع ، فإذا تعدد أصحاب هذه الحقوق وكانوا في الشروع ، أو تركوا ورثة متعددين ، جاز بيع الحق الشخصي بيع تصفية . كما يجوز بيع الدين التي لتركه بيع تصفية ، ويقع ذلك غالباً إذا كانت هذه الديون مشكوكاً في صحتها أو مشكوكاً في ملامة مدنيها (بوري وسبنا فقرة ٧٢٢ ص ٧٦٦ - ص ٧٦٧) .

(٢) فيبقى حق الانتفاع قائماً على العين كلها إذا بيعت بيع تصفية ، أو قائماً على الأجزاء المفترزة إذا حصلت القسمة منها . وهناك رأي يذهب إلى جواز بيع العين كلها - رقبة ومنفعة - بيع تصفية ، ويكون المتفع حق الانتفاع على الثمن . ولكن هذا الرأي غير سليم ، لأن المتفع لا يجبر على التحول من الانتفاع بالعين إلى الانتفاع بالثمن ما دام حقه غير شائع وليس هناك محل لقسمة هذا الحق ولا لبيع التصفية فيه (ديمولوب ١٥ فقرة ٤٩٠ . جيواد ٢ فقرة ٧٢١ - بوري ورو ٢ فقرة ٢٢٦ - بوري وسبنا فقرة ٧٢٨ ص ٧٦١) .

مملوكة لملاك متعددين في الشروع ، وكذلك حق الانتفاع ثابت لمشتريين متعددين في الشروع ، جاز بيع التصفية في الرقبة منفصلة عن حق الانتفاع ، وبيع التصفية في حق الانتفاع منفصلاً عن الرقبة ، فلا يتلزم الحقان في بيع التصفية .

(الشرط الثاني) أن يكون المال الشائع لا يمكن قسمته عيناً بغير ضرر . وتنص المادة ٨٤١ مدني في هذا الصدد على أنه « إذا لم تمكن القسمة عيناً ، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالطريق المينة في قانون المرافعات ، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع » . وتنص المادة ٧١٨ من تقنين المرافعات على أن « العقار المملوك على الشروع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجرى بيعه بطريق المزايدة . . . » . فإذا أمكنت قسمة المال عيناً دون ضرر ، لم يكن هناك محل لبيع التصفية ، بل يقسم المال أجزاء مفرزة طبقاً للإجراءات المقررة في قسمة المال الشائع . أما إذا لم تمكن قسمة المال عيناً لأن طبيعته تستعصي على هذه القسمة كالسيارة والفرس ، أو أمكنت القسمة ولكن بضرر يعود على المال المقسوم إذ تنقص قيمته نقصاً كبيراً كالمصنع والمبنى ، جاز الالتجاء إلى بيع التصفية (١) .

١٧٢ - إجراءات بيع التصفية : إذا اتفق الشركاء جميعاً ، ولم يكن بينهم من هو ناقص الأهلية ، على إجراء بيع التصفية بالممارسة أو بالمزاد بطريقة برصمون إجراءاتها ، جاز ذلك ووجب اتباع ما اتفقوا عليه . وتقول المادة ٨٣٥ مدني في هذا الصدد « للشركاء ، إذا انعقد إجماعهم ، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون » .

(١) لن قيل ببيع التصفية ما جاء في المادة ٩٠٦ مدني من أنه « إذا كان بين أموال التركة مستغل زراعي أو صناعي أو تجاري مما يعتبر وحدة اقتصادية قائمة بذاتها ، وجب تخصيصه ميرته لمن يطلبه من الورثة إذا كان أقدرهم على الاضطلاع به . ومن هذا المستغل يقوم بحسب قيمته ، وينتزل من نصيب الوارث في التركة . فإذا تساوت قدرة الورثة على الاضطلاع بالمستغل ، خصص لمن يعطى من بينهم أعلى قيمة بحيث لا تنقل من ثمن المثل » .

أما إذا لم يتفق الشركاء جميعاً على طريقة معينة ، أو كان بينهم من هو ناقص الأهلية ، فانه لا يمكن إجراء بيع التصفية إلا طبقاً للإجراءات المقررة في تقنين المرافعات . وقد رأينا أن المادة ٧١٨ من تقنين المرافعات تنص على أن « العقار المملوك على الشيوع ، إذا أمرت المحكمة ببيعه لعدم إمكان القسمة بغير ضرر ، يجري بيعه بطريق المزايدة بناء على قائمة بشروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة من بعينه التعجيل من الشركاء » (١) .

ويخلص مما قدمناه أنه إذا لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية ، جاز لهم أن يتفقوا جميعاً على أن تقتصر المزايدة على الشركاء ، فلا يدخل أجنبي في المزاد ، ورسو المال على الشريك الذي يقدم أكبر عطاء (٢) .

١٧٣ - الوكلاء التي ترتب على بيع التصفية : تختلف هذه الآثار اختلافاً جوهرياً بحسب ما إذا كان مشتري المال الشائع أو من رسا عليه المزاد فيه هو أحد الشركاء ، أو كان أجنبياً . ففي الحالة الأولى يعتبر بيع التصفية قسمة محضنة ، وقد وقع المال الشائع كله في نصيب الشريك الذي اشتراه . فان زادت حصته في جميع الأموال الشائعة على الثمن الذي اشترى به ، أخذ الباقي من أموال

(١) وتنص المادة ٧١٩ مرافعات على أن « تشتمل قائمة شروط البيع فضلاً عن البيانات المذكورة في المادة ٧١٣ على بيان جميع الشركاء وموطن كل منهم ، كما يرفق بها فضلاً عن الأوراق المذكورة في المادة ٧١٤ صورة من الحكم الصادر بإجراء البيع » . وتنص المادة ٧٢٠ مرافعات على أن « يخبر قلم الكتاب بإيداع قائمة شروط البيع الدائنين المذكورين في المادة ٧١٥ وجميع الشركاء » . وتنص المادة ٧٢١ مرافعات على أن « لكل من الشركاء أن يبدى ما لديه من أوجه البطلان والملاحظات على شروط البيع ، بطريق الاعتراض على القائمة » . وتنص المادة ٧٢٣ مرافعات على أن « تطبق على بيع العقار لعدم إمكان قسمته وعلى بيعه اختياراً الأحكام المقررة لبيع عقار المفلس وعدم الأهلية والغائب ، فيما عدا إخبار النيابة العامة بإيداع قائمة شروط البيع » . والأحكام المشار إليها في النص تقضى بأن تكون إجراءات البيع هي نفس إجراءات بيع العقار بناء على طلب الدائنين (م ٧١٧ مرافعات) .

(٢) وتقضى المادة ١٦٨٧ من التقنين المدني الفرنسي بأن الأصل ألا يدخل في المزايدة غير الشركاء ، فلا يدخل أجنبي ، ما لم يطلب ذلك أحد الشركاء أو ما لم يكن بين الشركاء من هو ناقص الأهلية : (أنظر في هذه المسألة بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٢٤) .

أخرى شائعة بعد قسمتها ، أو من طريق معدل (soulte) للقسمة . وإن زاد الثمن على حصة الشريك ، دفع هذا للشركاء الآخرين معدلاً للقسمة . أما في الحالة الثانية فيعتبر بيع التصفية بيعاً عادياً صادراً من جميع الشركاء للمشتري ، وتجرى أحكام البيع في العلاقة ما بينهم وبين المشتري (١) .

وما يترتب على هذا الاختلاف في الحكم ما يأتي : (١) بتقاضى على التسجيل رسم البيع ، ويكون ضرورياً لنقل الملكية حتى فيما المتعاقدين ، إذا كان المشتري أجنبياً . ويتقاضى عليه رسم القسمة ، ولا يكون ضرورياً لنقل الملكية إلا بالنسبة إلى الغير ، إذا كان المشتري أحد الشركاء . (٢) التصرفات التي صدرت من الشركاء في المال الشائع تبقى إذا كان المشتري أجنبياً ، وتزول إذا كان المشتري أحد الشركاء وذلك فيما عدا التصرفات التي صدرت من هذا الشريك . (٣) الثمن يكون مضموناً بامتياز البائع إذا كان المشتري أجنبياً ، وبامتياز المتقاسم إذا كان المشتري أحد الشركاء . (٤) تسري أحكام الغبن في البيع أو في القسمة ، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء . (٥) تسري أحكام ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية في البيع أو في القسمة ، بحسب ما يكون المشتري أجنبياً أو أحد الشركاء (٢) .

٣٥ - بيع المريض مرض الموت

١٧٤ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٧٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو لغير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت ، فإن البيع يسرى في حق الورثة إذا كانت زيادة قيمة المبيع على الثمن لا تتجاوز ثلث التركة ، داخلها فيها المبيع ذاته .

(١) أما في اقتسام الثمن ما بين الشركاء ، فتجرى أحكام القسمة . وانظر في حقوق الغير المكسوبة على المال الشائع بالنسبة إلى هذا الثمن بودري وسينيا فقرة ٧٤٧ .

(٢) انظر في فروق أخرى تترتب على هذا الاختلاف في الحكم بودري وسينيا فقرة ٧٤٣ -

فقرة ٧٤٦ .

٢ - أما إذا كانت هذه الزيادة تجاوز ثلث التركة ، فإن المبيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى في حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشتري للتركة ما ينو بتكملة الثلثين .

٣ - ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ .

وتنص المادة ٤٧٨ على ما يأتي :

« لا تسرى أحكام المادة السابقة إضاراً بالغير حسن النية إذا كان هذا الغير قد كسب بعرض حقاً عينياً على العين المبيعة (١) » .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٥٤ - ٢٥٦ مكررة / ٣٢٠ - ٣٢٣ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٧٧ : ورد هذا النص في المادتين ٦٤٣ و ٦٤٤ من المشروع التمهيدى على وجه يميز بين التصرف للوارث والتصرف لغير الوارث ، حيث كانت الوصية للوارث غير جائزة في ذلك الوقت ، ثم أجازت بعد ذلك . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث أصبح لا يميز بين التصرف لوارث والتصرف لغير وارث ، وصار - مع عبارة أضافتها لجنة مجلس الشيوخ - مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٥٠٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ أضيفت عبارة « فيما يجاوز الثلث » حتى لا تقوم شبهة في أن بيع المريض إذا جاوز ثلث التركة لا يسرى في كل المبيع مع أن الواجب ألا يقف سريره إلا بالنسبة إلى الزيادة فقط . ولوحظ في هذه اللجنة أن المشرع لم يضع لمرض الموت تعريفاً وضابطاً ، فرد على ذلك بأن هذا الموضوع خاص بالأحوال الشخصية ومرده ظهور حق آخر رثة عند قرب أفول حياة المريض وليس انعدام رضائه . ثم وافقت اللجنة على النص تحت رقم ٤٧٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدلته لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٩ - ص ٢١٩) .

م ٤٧٨ : ورد هذا النص في المادة ٦٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ولكن بغير اشتراط الموضع في الكسب بحسب نية . واشترط الموضع في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقمه ٥٠٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٧٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢١٩ و ٢٢١ - ص ٢٢٢) .

(٢) التقنين المدني السابق : م ٣٢٠/٢٥٤ : لا ينفذ البيع الحاصل من المورث وهو في

حالة مرض الموت لأحد ورثته ، إلا إذا أجازة باقي الورثة . م ٣٢١/٢٥٥ : يجوز الطعن =

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= في البيع الحاصل في مرض الموت لغير وارث إذا كانت قيمة المبيع زائدة على ثلث مال البائع .
م ٢٥٦/٢٢٢ : فإذا زادت قيمة المبيع على ثلث مال البائع وقت البيع ، ألزم المشتري ، بناء
على طلب الورثة ، إما بفسخ البيع ، أو بأن يدفع للتركة ما نقص من ثلث مال المشتري وقت
البيع ، والمشتري المذكور الخيار بين الوجهين المذكورين . م ٢٥٦ مكررة أهل : أحكام
المادتين السابقتين لا تضر في جميع الأحوال بحقوق أرباب الرهن على المبيع ، ولا بحقوق
من انتقلت إليهم ملكية المبيع من المشتري بمعرض متى كانوا حتى النية .

م ٢٢٣ مخطط : أحكام المادتين السابقتين لا تكون مرعية إلا في حق البائع الذي يحكم
في أهلية الشحمية بمقتضى قواعد الشريعة المحلية . وفي جميع الأحوال لا تضر أحكام المادتين
المذكورتين بحقوق أرباب الرهن على المبيع ، ولا بحقوق من انتقلت إليهم ملكية المبيع
من المشتري بمعرض متى كانوا حتى النية .

[ويلاحظ على نصوص التقنين المدني السابق ما يأتي : (١) أنها كانت تميز بين التصرف
لوارث والتصرف لغير وارث ، إذ كانت الوصية لوارث وقت ذلك لا تجوز . أما التقنين
الجديد ، فلا محل فيه لهذا التمييز منذ أصبحت الوصية لوارث جائزة (المذكرة الإيضاحية
المشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢١) - (٢) أنها تصرح بعدم
سريانها على أجنبى حيث يجب تطبيق قانون أحواله الشخصية ، وذلك لأن أحكام الميراث
مأخوذة من الشريعة الإسلامية وتعلق بانتقال أموال المورث إلى الوراث وحقوق الوراث
على هذه الأموال في مرض الموت ، فإذا كان هناك أجنبى لا تسرى في شأن ميراثه الشريعة
الإسلامية وجب ألا تسرى أيضاً هذه النصوص في شأنه : قارن المذكرة الإيضاحية للمشروع
التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ - وقد يؤخذ مما جاء فيها أن أحكام البيع
في مرض الموت تسرى على الجميع مصريين أو أجنبى . ولكن الظاهر أن المذكرة الإيضاحية
أرادت القول بأن هذه الأحكام تسرى على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين ، بدليل
إشارتها إلى المادة ١٤٣٨ من المشروع التمهيدى التي أصبحت المادة ٩١٥ من التقنين الجديد
والتي جاء فيها : تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها ،
وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى : « تسرى الشريعة الإسلامية وما استمد منها من تقنينات
وتشريعات على الوصية من ناحية الموضوع . . ويستوى في ذلك وصايا المسلمين وغير المسلمين
من المصريين » . أما الأجنبى فإن وصاياهم تبقى خاضعة من حيث الموضوع لقانون الموصى
(م ١٧ مدنى) : انظر الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٣ . الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٤
ص ٥٠١ - ص ٥٠٢ - الأستاذ عبد المنعم لبدراوى فقرة ٤٢٤ - (٣) وردت أخطاء
مادية وقانونية في هذه النصوص صححها القضاء في عهد التقنين المدني السابق . وهذه الأخطاء
هي : أولاً - خطأ مادي عندما مرصت المادة ٢٥٦ مكررة / ٢٢٣ لأحكام النصوص السابقة
عليها لتفيد من أثرها ، فاقترنت على ذكر « المادتين السابقتين » ، وكان الواجب أن تقول
« المواد الثلاث السابقة » . ثانياً - ذكرت النصوص قيمة المبيع ، والصحيح شرعاً المقدار الهائى
به فقط . ثالثاً - ذكرت النصوص أنه ينظر في تقدير التركة إلى وقت البيع : والصحيح =

المادتين ٤٤٥ - ٤٤٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٦٦ - ٤٦٧ -
وفي التقنين المدني العراقي المادة ١/١١٠٩ - وفي تقنين الموحيات والعقود اللبناني
لامقابل (١) .

ونبين : (١) ماهو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض (ب) أحكام
البيع في مرض الموت .

== شرعاً أن ينظر في تقديره إلى وقت البيع أو قبله
الأحوال يتقاربان . أنظر في الترهيب ما بين أحكام العهد الإسلامي
مذكراتنا في البيع فقرة ١١٥ . وانظر في بيع المريض في عهد التقنين السابق : الأستاذ
نجيب الهلالي وجامد زكي فقرة ٢١٦ - فقرة ٢١٧ وفقرة ٢٢٠ - فقرة ٢٢٢ - الأستاذ
محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠ - فقرة ٢٦١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٢ -
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٠ - استئناف
أسيوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢/٨٤ ص ٢٠٠ - استئناف مصر
٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ٢/٤٣٠ ص ٨٢٨ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣١
الهامة ١٢ رقم ٢٦٣ ص ٥٣١] .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٤٥ - ٤٤٦ (مطابقتان
للمادتين ٤٧٧ - ٤٧٨ من التقنين المدني المصري . - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ
مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٦ - فقرة ٣٠٣ ، وبوجه خاص فقرة ٢٩٩ حيث يذكر أنه صدر
في سورية بعد التقنين المدني قانون الأحوال الشخصية وجاءت المادة ٢٣٨ منه تمنع الوصية
لوارث ، فوجب أن يراعى ذلك في أحكام بيع المريض مرض الموت) .

التقنين المدني الليبي م ٤٦٦ - ٤٦٧ (مطابقتان للمادتين ٤٧٧ - ٤٧٨ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١/١١٠٩ : كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض
الموت مقصود به التبرع أو الهبة يعتبر كله أو بقدر ما فيه من محاباة تصرفاً مضافاً إلى ما بعد
الموت ، وتسمى عليه أحكام الوصية (أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون
فقرة ٤٠٣ - فقرة ٤١٤) .

تقنين الموحيات والعقود اللبناني : لا يوجد في تقنين الموحيات والعقود اللبناني نصوص
مقابلة لنصوص التقنين المدني المصري . وقد ورد فيه - على غرار التقنين المدني الفرنسي -
نص (هو المادة ٥١٦) يحرم على الطبيب قبول هبة من مريض في مرض الموت ليس من
أقرباء الطبيب . وقد قضت المادة ٩٠٩ من التقنين المدني الفرنسي ببطان التصرفات الحاصلة
في مرض الموت للأطباء والصيدالة ورجال الدين .

١ - ماهو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض

١٧٥ - ماهو مرض الموت : يجب في تحديد مرض الموت الرجوع إلى الفقه الإسلامى مفسراً بقضاء المحاكم . وقد جاء في الفتاوى الهندية :
 « المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائج نفسه وهو الأصح ، كذا في خزانة المفتين . حد مرض الموت نكلموا فيه ، والمختار للفتوى أنه إذا كان الغالب منه الموت كان مرض الموت ، سواء كان صاحب فراش أم لم يكن . كذا في المصمرات (١) . وجاء في ابن عابدين : « في الهندية المريض مرض الموت من لا يخرج لحوائجه خارج البيت وهو الأصح اهـ . وفي الإسماعيلية من به مرض يشتكى منه وفي كثير من الأوقات . يخرج إلى السوق ويقضى مصالحه لا يكون به مريضاً مرض الموت (٢) . ونصت المادة ١٥٩٥ من مجلة الأحكام العدلية - وهي تقنين للفقه الحنفى - على ما يأتي : « مرض الموت هو الذى يقبض فيه خوف الموت ، وبمعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الأنثى ، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة ، سواء كان صاحب فراش أو لم يكن . وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتل مرضه ويتغير حاله . ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات قبل مضي سنة ، بعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت (٢) » .

(١) الفتاوى الهندية ٤ ص ١٧٦ .

(٢) ابن عابدين ٤ ص ٧٠٧ - ص ٧٠٨ .

(٣) وهذه هي نصوص مرشد الخيران في البيع في مرض الموت : م ٣٥٨ - بيع المريض في مرض موته لو ارثه موقوف على إجازة بقية الورثة ولو كان بضمن المثل فإن أجازوه جاز ، وإن لم يجيزوه بطل - م ٣٥٩ - يجوز بيع المريض في مرض موته لغير وارثه بضمن المثل أو بغير يسير ، ولا بعد القين اليسير محاباة عند عدم استغراق الدين - م ٣٦٠ - إذا باع المريض في مرض موته لغير الوارث بغير فاحش نقصاً في الثمن ، فهو محاباة تعتبر من ثلث ماله . فإن خرجت من ثلث ماله بعد الدين ، بأن كان للثلاث يني بها لزم البيع ، وإن كان الثلث لا يني بها بأن زادت عليه بخير المشتري بين أن يدفع للورثة الزائد لإكمال ما نقص من الثلثين أو يفسخ البيع .

ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروطاً ثلاثة ليكون المرض مرض موت :

(١) أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه . (٢) وأن يغلب فيه الموت .

(٣) وأن ينتهي بالموت فعلاً . فهذه العلامات مجتمعة - وكلها أمور موضوعية - من شأنها أن تقيم في نفس المريض حالة نفسية هي أنه مشرف على الموت . ولما كان الفقه الإسلامي يفتي عند الضوابط الموضوعية ، ويستدل بها على الأمور الذاتية ، فإنه يمكن بهذه العلامات المادية لبستخلص منها أن المريض وهو يتصرف كأنه يقوم به حالة نفسية هي أن أجله قد دنا ، فيفسر تصرفه في ضوء هذه الحالة ، ويفترض أنه إنما يوصي ، فيجعل لتصرفه حكم الوصية . ولا حاجة بعد ذلك إلى التفتيش عن خفايا نفس المريض واستكناه ما يضمرة ، فهذا بحث عسير إن لم يكن متعذراً ، ويمكن أن تقوم هذه العلامات المادية أمارات على حالته النفسية ، فتقف عندها ، ولا نذهب في البحث إلى مدى أبعد من ذلك . على أنه إذا وجد شخص في هذه الحالة النفسية لسبب غير المرض ، كالمحكوم عليه بالإعدام ومن حوصر في حرب ، فإنه يعتبر في حكم المريض ، متى كان هذا السبب هو أيضاً خاضعاً للضوابط المادية .

فنستعرض شروط مرض الموت الثلاثة، ثم نستعرض حالة الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية نجعلهم في حكم المرضى .

١٧٦ - المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه : يجب أن يجعل المرض المريض عاجزاً عن قضاء مصالحه العادية المألوفة التي يستطيع الأصحاء عادة مباشرتها ، كالذهاب إلى السوق وممارسة أعمال المهنة إذا لم تكن شاقة وقضاء الحوائج المنزلية إذا كان المريض من الأناث (١) . وليس واجباً ، ليكون المرض مرض موت ، أن يلزم المريض الفراش ، فقد لا يلزمه ويبقى مع ذلك عاجزاً عن قضاء مصالحه (٢) .

(١) استئناف مصر ١٠ يناير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ١/٤٨٦ ص ٧٩٦ - استئناف مخطط ٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٥ .

(٢) ولا عبرة بانتقال المريض مرض الموت بنفسه إلى المحكمة للتصديق على العقد الصادر منه . لأن الكاتب المختص بالتصديق غير مقيد بإثبات حالة البائع (استئناف مصر =

وعلى العكس من ذلك قد يكون الإنسان عاجزاً عن قضاء مصالحه ، ولكن لا بسبب المرض ، فلا يعتبر في مرض الموت . فقد يصل الإنسان إلى سن عالية في شيخوخته تجعله غير قادر على مباشرة الأعمال المألوفة ، ويكون في حاجة إلى من يعاونه عليها ، وليس به من مرض وإنما هي الشيخوخة أو هتته ، فهذا لا يكون مريضاً بمرض الموت ، ويكون لتصرفاته حكم تصرفات الأصحاء (١) . أو يكون عاجزاً عن مباشرة الشاق من أعمال مهنته بسبب المرض ، كما إذا كان محترفاً حرفة شاقة لا يستطيع مباشرتها إلا وهو في كامل عافيته ، فيقعله مرضه عن ذلك دون أن يعجزه عن مباشرة المألوف من الأعمال بين الناس ، فلا يكون في هذه الحالة مريضاً بمرض الموت .

١٧٧ - ويغلب في المرض خوف الموت : ولا يكتفى أن يفقد المرض المريض عن قضاء مصالحه ، بل يجب أيضاً أن يغلب فيه خوف الموت ، فيكون مريضاً خطيراً من الأمراض التي تنتهي عادة بالموت ، أو يكون مريضاً بدأ بسيطاً ثم تطور حتى أصبحت حالة المريض سيئة يخشى عليه فيها الموت . أما إذا كان المرض لم يصل إلى هذا الحد من الخطورة ، فإنه لا يعتبر بمرض موت ولو أعجز المريض عن قضاء مصالحه . مثل ذلك أن يصاب الإنسان بمرض في عينيه فيعجزه عن الرؤية ، أو بمرض في قدميه فيعجزه عن المشي ، فلا يستطيع قضاء مصالحه ، ولكن المرض يكون من الأمراض التي يشفى منها المريض عادة ولا يغلب فيها خوف الموت . فهنا لا يعتبر المريض في مرض الموت وإن عجز

٦ مايو سنة ١٩٣١ الهام . ١٢ رقم ١/٢٢٠ - ص ٥٤٠ - فارن مع ذلك حكم المحكمة العليا للشرعية في ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٤ الهامة الشرعية ه ص ٤٠٣ . وقد يجازف المريض بمرض الموت بالخروج من بيته للقيام ببعض أعمال فردية ، كالحضور أمام محكمة الجح للادفاع عن نفسه في حمة تديد (محكمة مصر ٢٩ مايو سنة ١٩٣٧ الهامة ٩ رقم ٦/٥٣٥ ص ٩٩٦) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن الشيخوخة ليست بمرض الموت ، وإنما هي دور من الأدوار الطبيعية لحياة الإنسان . أما مرض الموت فهو المرض الذي يعترى الإنسان شيخاً أم شاباً ، وينتهي بالموت ، بحيث يشعر المصاب به بقرب انتهاء أجله (٢٠ فبراير سنة ١٩١٨ الجمعية الرسمية ١٩ رقم ٤٢ ص ٦١ - وانظر أيضاً استئناف وطني ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٥ الاستقلال ص ٤٤٨ - استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ ص ٥٤٦ - في سوييف ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ الجريدة القضائية ١١٢ ص ١٨)

عن قضاء مصالحه ، لأن المرض لا يغلب فيه الهلاك ، فتكون تصرفات المريض في هذه الحالة حكمها حكم تصرفات الأصحاء (١). وكذلك الأمراض المزمنة ، إذا طالت بحيث يطمئن المريض إلى ابتعاد خطر الموت العاجل ، لا تكون في هذا الوقت مرض موت ، وسنعود إلى بيان ذلك .

وقد ظهر مما قدمناه أن الشرط الأول وهو قعود المريض عن قضاء مصالحه ، لا يفي عن الشرط الثاني وهو أن يغلب في المرض خوف الموت . ولكن هل يفي الشرط الثاني عن الشرط الأول ؟ هناك رأى يذهب إلى أنه يفي ، فيكنى أن يغلب في المرض خوف الموت دون حاجه إلى قعود المريض عن قضاء مصالحه (٢). وهناك رأى آخر يستني الشرطين معاً ، ويجعل الأصل

(١) وقد جاء في شرح الأ - سليم باز المادة ١٥٩٥ من المجلة في خصوص شرطى القعود عن مصالح وظلة الموت ما يأتي : « مرض الموت هو الذى يغلب فيه خوف الموت ، ويميز منه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً من داره إن كان من الذكور كعجز الفقيه عن الإتيان إلى المسجد وعجز السوق عن الإتيان إلى مكانه . قال في رد المختار ينبغي أن يكون المراد العجز من نحو ذلك من الإتيان إلى المسجد أو الدكان لإقامة المصالح القريبة في حق الكل ، إذ لو كان محترفاً بحرفة شاقة ، كما لو كان مكارياً أو حمالاً على ظهره أو دقاقاً أو نجاراً أو نحو ذلك مما لا يمكن إقامته مع أدنى مرض ، وعجز عنه مع قدرته على الخروج إلى المسجد والسوق ، لا يكون مريضاً وإن كانت هذه مصالحه . وإلا لزم أن يكون عدم القدرة على الخروج إلى الدكان للبيع والشراء مثلاً مرضاً وغير مرض بحسب اختلاف المصالح ، فأمل . ثم هذا إنما يظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض ، أما لو كان غير قادر عليه قبل المرض للكبر أو حلة في رجله فلا يظهر ، فينبغي اعتبار ظلة الهلاك في حقه . وهو ما قاله أبو الليث من أن كونه صاحب فراش ليس بشرط لكونه مريضاً مرض الموت ، بل الصفة لظلة الهلاك ، لو غالب من هذا المرض الموت ، فهو مرض موت وإن كان يخرج من البيت . ويبنى اعتياده لما علمت من أنه كان يفي به الصدر الشهيد ، وأن كلام محمد يدل عليه ، ولا طراده فيها كان عاجزاً قبل المرض . ويؤيده أن من ألحق بالمريض ، كمن بارز رجلاً ونحوه ، إنما اعتبر فيه ظلة الهلاك دون العجز عن الخروج ... قال في الدر المختار وفي حق المرأة أن تعجز عن مصالحها داخل البيت كما في البزاية ، ومفاده أنها لو قدرت على نحو الطبع دون صعود السطح لم تكن مريضة ، قال في النهر وهو الظاهر ١ هـ . (شرح سليم باز من ٨٨٧ - ص ٨٨٨) .

(٢) أنظر في هذا المعنى ما نقلناه في الحاشية السابقة من شرح الأستاذ سليم باز (ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨) . وانظر أيضاً الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٣ ص ٤٨٠ . وانظر استئناف وطني ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٤٠ ص ١٧٤ - محكمة مصر ١٤ يولييه سنة ١٨٩١ المشرق ٦ ص ١٥٣ .

فيها هو أن يغلب في المرض خوف الموت ، أما قعود المريض عن قضاء مصالحه فهذه هي العلامة المادية التي تشعر المريض بأن المرض يهدده بالموت . وينفي عن هذه العلامة المادية أية علامة أخرى تنبئ عن هذا الشعور ، ففي ثبت قيام هذا الشعور بنفس المريض كان هذا كافياً . ولم يقدم المريض عن قضاء مصالحه . ومقتضى هذا الرأي الآخر أنه لا يمكن أن يغلب في المرض خوف الموت ، بل يجب أيضاً أن يشعر المريض بذلك ، وقعوده عن قضاء مصالحه ليس إلا وضعاً مادياً يدل على شعوره بذلك (١) .

١٧٨ - وينتهي المرض بالموت قصير : ويجب أخيراً أن ينتهي

المرض بالموت فعلاً (٢) . فإذا أصيب شخص بمرض أقعده عن قضاء مصالحه ، وغلب فيه خوف الموت ، ولكنه مع ذلك برىء منه ، وكان قد تصرف في ماله أثناء المرض ، كان حكم تصرفه هذا هو حكم تصرف الأصحاء . ونرى من ذلك أن المريض بمرض يقعد عن قضاء المصالح ويغلب فيه خوف الموت إذا تصرف في ماله أثناء هذا المرض ، فإن تصرفه معتداً به حال حياته ، ولا يجوز للورثة الاعتراض عليه ما دام المريض حياً . فإذا انتهى المرض

(١) والأستاذ سليم باز ينقل ما يوفق بين الشرطين على هذا النحو : « ولأن بعض من يكون مطمئناً أو به استسقاء قبل غلبة المرض عليه قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه أقرب إلى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداق أو هزال مثلاً . لكن مقتضى قول بعضهم أنه لو كان مريضاً مرضاً يغلب منه الهلاك، لكنه لم يمجزه من مصالحه، كما يكون في ابتداء المرض، لا يكون مريضاً . وقد يبرز بين القولين بأنه إن علم أن به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزداد إلى الموت فهو المعتبر ، وإن لم يعلم أنه مهلك يعتبر المجزء عن الخروج للمصالح ، هذا ما ظهر لي ٥١ . ملخصاً شرح المجلة ص ٨٨٧ - ص ٨٨٨) - وقد قضى بأن المصاب بالبول السكري إصابة غير خطيرة لا يعتبر مريضاً مرض الموت ، إذا ثبت أنه لم يكن عنده وقت صدور التصرف منه شعور بدنو أجله ، وإن كان يباشر أثناء مرضه أعماله الخصوصية وهو في منزله (استئناف وطني ١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٢ رقم ١٠٧ - استئناف مصر ٢١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ ص ٣١٤) .

(٢) ولو لم يكن الموت بسبب المرض ، كأن قتل المريض أو هرق . ذلك أن المريض وقت أن تصرف كان يشعر بدنو أجله ، ولو لم يمت بهذا السبب العارض لمات بسبب المرض (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤١٧ ص ٥٠٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٢٩ ص ٢٩١ - الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٩٧) .

بالموت (١) ، تبين عند ذلك أن التصرف وقع في مرض الموت ، وجاز الطعن فيه على هذا الأساس . وإذا شئى المريض ، تبين أن التصرف الذى صدر منه لم يقع في مرض الموت ، فلا يجوز الطعن فيه بذلك من الورثة (٢) . ولكن يجوز لمن صدر منه التصرف نفسه أن يطعن في تصرفه بالغلط في الباعث ، بأن يثبت أنه إنما تصرف وهو معتقد أنه في مرض الموت ولو اعتقد أنه سيشفى ما كان ليتصرف ، ففي هذه الحالة يكون التصرف قابلا للإبطال للغلط ويجوز للمتصرف أن يبطله لهذا العيب .

وقد يطول المرض ، بأن يكون من الأمراض المزمنة كالشلل والسيل ، ثم ينتهى بالموت ولكن بعد مدة طويلة . والقاعدة في هذه الأمراض المزمنة أنها لا تعتبر للوهلة الأولى مرض موت إذا طالت دون أن تشتد ، بحيث يطمئن المريض إلى أن المرض قد وقف سيرة ، ولم يعد هناك منه خطر داهم . وهذا حتى لو كان المرض قد أقعد المريض عن قضاء مصالحه وألزمه الفراش ، مادام لم يعد يغلب فيه خطر الموت العاجل . لكن إذا اشتد المرض بعد ذلك ، وصامت حالة المريض حتى أصبحت تنذر بدنو الأجل ، واستمر للرض في الاشتداد حتى انتهى بالموت فعلا ، فإنه يعتبر مرض موت من الوقت الذى اشتد فيه (٣) . وهناك رأى في الفقه الإسلامى - أخذت به المجلة - يقدر المدة التى يطول فيها المرض ويستقر فلا يعود يخشى منه خطر عاجل بسنة ، فإذا طال المرض المزمّن سنة دون أن يشتد لم يعتبر مرض موت . وإذا اشتد المرض بعد

(١) حل أن يمتد المرض من وقت صدور التصرف إلى وقت الموت (استئناف وطنى ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٥ الحقوق ٢٥ ص ٥) . فإذا انتهى بمرض آخر (دوسطاريا حادة) هو الذى انتهى بالموت، لم يكن المرض الأول مرض موت (استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣١٦) .

(٢) فجميع تصرفات المريض نافذة حال حياته ، ولا يجوز للورثة أن يطعنوا فيها إلا بعد الوفاة (الأستاذان أحمد مجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٢٠٨ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٤٩٢ هامش رقم ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٤١٨) .

(٣) وقد قضت محكمة الإسكندرية للوطنية بأن السيل ، وإن كان من الأمراض التى تطول مدتها ، إذا دخل في دور جديد واشتدت وطأته ، يحمل تصرفات المريض في ذلك - رتبة تابلد للبطون (١٠ أبريل سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٣ ص ٥٩) - وقضت محكمة مصر الوطنية بأنه يعتبر مرض موت نسلب الشرايين وإصابة القلب والكلى ، فهى من الأمراض المزمنة التى =

ذلك حتى انتهى بالموت فعلا قبل انقضاء سنة من اشتداده ، اعتبر في هذه الفترة مرض موت (١) . وقد أخذ القضاء المصري بهذا الرأي في أكثر أحكامه (٢) ،

= لا يصح اعتبار ما في الأصل مرض موت لبطء سيرها وعدم إحساس المريض بخطر نهايتها ، ولكن إذا اشتدت فجأة وشعر المريض بتفاقم خطر نهايتها اعتبرت مرض موت (٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) - وقضت محكمة مصر بأنه لا يعتبر مرض موت احتباس البول وتضخم البروستاتا ما لم يثبت أن هذا المرض المزمع قد قرايد فجأة وانتهى بالموت (٤ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ١٨ رقم ٧٤ ص ١٥٥) . وقضت أيضاً بأنه لا يعتبر مرض موت التهاب الشعبى المزمن ما لم يتزايد (٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ١١١ ص ٣٠٤) . وقضت أيضاً بأن الربو المصحوب بنزلة شبيهة ، ولو توفى به شخص فجأة في سن يندر في الجليل الحاضر تجاوزها ، لا يعتبر مرض موت ، لأن هذا المرض ذاته قابل للشفاء وغير مانع للمريض من مباشرة أعماله في الفترات التي تتخلل النوبات (٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ٣٨ ص ٥٨) - المحكمة العليا الشرعية ٧ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة الشرعية ٦ رقم ١٤٧ ص ٥٦٠) . وقضت أيضاً بأن مرض الموت يجب أن يكون هو المرض الذي أحدث الوفاة ، أو هو المرض الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمرض المباشر الذي أحدثها بحيث يصعب التفريق بينهما . ويجب ألا يكون المرض مسجماً بحالة المريض تسوء تدريجياً دون أن يتخللها فترات تحسن واضحة ، فإذا كان هناك مثل هذه الفترات اعتبر بدء المرض متغذاً مع تاريخ بدء الانتكاس الأخير . حيثما يكون الشخص مريضاً بمرض غير يمتد حتى الموت ، ولكن نشأ من هذا المرض مرض آخر يمتد ، فهذا المرض الأخير لا المرض الأول هو الذي يعتبر مرض موت (٧ مايو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ١١ ص ١٧) . وقضت أيضاً بأن الإصابة بمرض السكر إصابة غير خطيرة لا تعتبر مرض موت (١٢ يناير سنة ١٩١٦ الشرائع ٣ رقم ١٠٧ ص ٣٦٢) .

(١) وقد جاء في شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ للأستاذ سليم باز : « وإن امتد مرضه ومنعت عليه سنة وهو على حال واحدة : كان في حكم الصحيح ، وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ، ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله . فظهر من هذا أن مرض الموت مقيد بتغير الأمراض المزمنة التي طالت ولم يخف منها الموت ، كالنعالج ونحوه ، وإن صبرته ذات فرائض ومنعت عن الذهاب في حوائجه . فلو أصاب رجلاً فالج فذهب لدائه ، أو مرض فلم يقدر على الكلام ، ثم أشار إلى شيء أو كتب شيئاً ، وقد تقدم ذلك وطال سنة ، فهو بمنزلة الآخرين الصحيح . وكذا صاحب السل إذا أتى عليه سنة ، فهو بمنزلة الصحيح . ولكن لو اشتد مرضه ، وتغير حاله ، ومات قبل مضي سنة ، بعد حاله اعتباراً من وقت التغير إلى الوفاة مرض موت (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٨٨٨) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يعتبر مرض موت السرطان أو السل إذا ظل أكثر من سنة قبل الموت . حياة المصاب به ، وعلى الوراث أن يثبت أن المورث الذي مات بمرض السرطان أو السل لم يمكث مرضه أكثر من سنة (١٨ يولييه سنة ١٩١٧ المجموعة =

واكتفى في بعض آخر بأن يطول المرض مدة كافية ليتولد في نفس المريض السكون إلى حالته والشعور بأنه لم يعد معرضاً لخطر الموت العاجل ، سواء طال المرض سنة أو أكثر أو أقل . وكذلك يكنى أن يشتد المرض ويطرد في الشدة حتى يتولد في نفس المريض أنه عاد مهدداً بالموت في أى وقت ، ليكون المرض مرض موت من وقت اشتداده ، حتى لو يـ مشنداً مدة أطول من سنة ولم يمـت المريض إلا بعد انقضاءها (١) .

١٧٩ - الأشخاص الذين تقوم بهم مائة نفيه تجبرهم في حكم

المرضى مرض الموت : وقد قدمنا أن الشروط الثلاثة المتقدمة ليست إلا أمانة مادية على قيام حالة نفسية بالمريض تجعله يعتقد بدنو أجله . فأي حالة أخرى مادية خير المرض تجعل الإنسان يعتقد بدنو أجله يكون من شأنها أن تثير في نفسه هذه

= الرسمية ١٩ رقم ١٠٠ ص ٢٢٩ - وانظر أيضاً : استئناف وطق ٨ مايو سنة ١٩٠٧
الجموعة الرسمية ٩ رقم ٩٩ ص ٢٢٧ - ٤ يونيو سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ١٨٥ -
٢٣ يونيو سنة ١٩٠٧ الحقوق ٢٢ ص ٢٣١ - ١٧ يناير سنة ١٩١٢ الجماعة الرسمية ١٣
رقم ٣١ ص ٧٠ - ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ الجماعة الرسمية ٢٦ رقم ٢٢ ص ٥٦ - ٢١ نوفمبر
- ١٩٢٠ الهامة ٨ رقم ٢/٢٣٤ ص ٢٣١٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ١/٨٨
ص ١٤٣ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٠ الهامة ١١ رقم ٩١ ص ٩٥٠ - استئناف مختلط
١٦ يونيو سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٣٧٠ - ٢٣ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٢ ص ٢٥٣ .
ويجب حساب المدة من وقت اشتداد المرض إلى وقت الموت (استئناف مختلط ٢٢ مايو
سنة ١٩١٣ م ٣٥ ص ٥٤٥ - ٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٣١ - ٢٥ فبراير سنة ١٩١٥
م ٢٧ ص ١٨٢ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٤ ص ٢٤٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٧ م ١١٩٢٧
م ٣٤ ص ٤٥٣ - أول مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٣٠ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠
م ٤٢ ص ٣١٥) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن المرض يعتبر مرض موت ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة إذا كان قد أخذ دائماً في الازدياد لغاية الوفاة ، ولم يثبت أنه تحسن تحسناً محسوساً في خلال هذه المدة . أما التفسير القاضي بتحديد المدة القانونية لمرض الموت الذي يقع في السنة السابقة على الوفاة فليس تحديداً حتمياً ، ولكنه ينطبق فقط على الأحوال التي يكون فيها المرض طويلاً فيشتد طوراً إلى درجة الخطورة وتارة يعود المريض إلى صحته . أما المرض الذي يأخذ سيراً متنازلاً فيفترق محسوس في مدته ، بل يتمشى نحو الازدياد وينتهي بالموت ، فهو مرض الموت . كما كانت مدته (٩ فبراير سنة ١٩٥٢ الجماعة الرسمية ١٤ رقم ٨٦ ص ١٧٣) .

الحالة بالذات ، وتكون لتصرفاته حكم تصرفات المريض مرض الموت ولر أنه لم يكن مريضاً أصلاً . فالهكوم عليه بالإعدام وينتظر التنفيذ ، ومن كان في سفينة على وشك الغرق ولم تنبأ له وسائل النقاذ ، ومن داهته حريق لاسبيل للنقاذ منها ، ومن حوصر في حرب وأيقن أنه مقتول ، ومن عقد نيته على الانتحار ، كل هؤلاء أصحاء ليس بهم مرض ، ولكنهم يعتبرون في حكم المرضى ، ويكون لتصرفاتهم وهم في هذه الحالة حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت (١) .

١٨٠ - اثبات مرض الموت : ومرض الموت بالشروط المتقدمة الذكر واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات ، ومنها البينة والقرائن (٢) . وأكثر

(١) وقد جاء في شرح المجلة على المادة ١٥٩٥ للأستاذ سليم باز : « ومن بارز وجلا ، أو قدم ليقتل في قصاص أو رجم ، أو بقى على لوح من السفينة ، أو اقترب سبع وبقى في فيه ، فهو كريض مرض الموت » . وفي الهنذية ومن كان محبوساً في السجن ليقتل قصاصاً أو رجماً لا يكون حكمه حكم المريض . وإذا أخرج ليقتل ، فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في صف القتال فحكمه حكم الصحيح ، وإذا بارز فحكمه في تلك الحال حكم المريض ، ولو كان في السفينة فحكمه حكم الصحيح ، وإذا هاج الموج فحكمه في تلك الحال حكم المريض . ولو أريد إلى السجن ولم يقتل ، أو أرجع بعد المبارزة إلى الصف ، أو سكن الموج ، صار حكمه كحكم المريض الذي برى من مرضه تنفذ تصرفاته من جميع ماله . والمرأة إذا أخذها الطلق ، فافعلته في تلك الحالة يعتبر من ثلث ماله ، وإن سلمت من ذلك جاز ما فعلته من ذلك كله » (شرح المجلة للأستاذ سليم باز ص ٨٨٨) - أنظر أيضاً الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢٠٧ ص ٢٠١ - الأستاذين محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٤ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٥ ص ٤٢٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٦ .

وغنى عن البيان أن العبارة بحالة الإنسان النفسية ، فمن كان محكوماً عليه بالإعدام وهو في السجن ينتظر التنفيذ ، يبدو ، بالرغم مما جاء في شرح المجلة نقلاً عن الهنذية ، أن حاله النفسية تكون كحالة المريض مرض الموت . فإذا صدر عفو عنه ، أو نجى من كان على وشك الغرق أو من كان في حكمه ، فإنه يعتبر في حكم المريض مرضاً يغلب فيه الهلاك ولم يته بالموت بل برى من المرض ، فلا يكون للورثة حق الطمن في التصرف ، ولكن يجوز للمتصرف نفسه أن يطمئن في التصرف بالغلط كما سبق القول .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه مادامت محكمة الموضوع قد استخلصت من التحقيقات التي أجريت في الدعوى ومن الشهادتين الطبيتين المقدمتين فيها من مرض الموت أنه كان مريضاً قبل وفاته بأربعة شهور بالسل الرئوى ، وأن هذا المرض اشتد به وقت تحرير العقد المطمون عليه ، ثم فندت الطمون الموجهة إلى الشهادة المقدمة من الصادر له العقد ، فإنها تكون قد أرادت =

ما ت بالشهادات الطبية الدالة على حالة المريض في أواخر أيامه . كذلك يثبت بشه الشهود ، وبتقصي حياة المريض في أيامه الأخيرة . وعلى الورثة الذين يطمنون في تصرف مورثهم بأنه صدر في مرض الموت يقع عبء إثبات المرض . ولما كانوا يعتبرون خلفاً لمورثهم وليسوا غيراً من حيث ثبوت التاريخ ، فإن تاريخ التصرف العرفي يكون حجة عليهم كما هو حجة على مورثهم . فإذا كان التصرف مؤرخاً تاريخاً عرفياً في وقت ثبت أن المورث لم يكن فيه مريضاً ، كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهم . ولكن لم أن يثبتوا أن هذا التاريخ قد قدم عمداً لإخفاء أن التصرف قد صدر في مرض الموت ، وأن التاريخ الذي صدر فيه التصرف متأخر عن التاريخ الصوري المذكور في التصرف ويقع في وقت كان فيه المورث في مرض موته . فإذا أثبتوا ذلك . ولهم أن يثبتوه بجميع طرق الإثبات لأنهم يثبتون غشاً وواقعة مادية - أصبحوا من الغير من حيث سريان التصرف (١) ، ولم يعد التصرف الصادر من المورث يسرى في حقهم إلا في الحدود التي سنينها فيما يلي .

== في حكمها من الأسباب ما يكون لحمل قضائها (نقض ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام نقض ص ٣٦٥) . وقضت أيضاً بأن محكمة الموضوع قد استخلصت من أقوال الشهود أن السائق صيب بمرض يغلب فيه الهلاك وانتهى فعلاً بوفاتها ، وهذا يمكن (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٨ ص ١٠٤٨) . وقضت كذلك بأنه متى كان الحكم إذني حصول البيع في مرض موت البائع قد قرر للأسباب السائفة التي أوردها أنه في الوقت الذي تصرف فيه كان في حال صحته وأنه سابق على فترة مرض عادي لا يغلب فيه الهلاك ، ومن هذا الذي قرره لا عيب فيه (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٥ ص ٢٣٧) .

ويستخلص من قضاء محكمة النقض المتقدم أنه إذا كانت شروط مرض الموت مسألة قانون ، فإن حصول هذا المرض متوافرة فيه شروطه مسألة . تستخلصه محكمة الموضوع ، ولا رقابة عليها لمحكمة النقض في ذلك متى بنت محكمة الموضوع قضاءها على أسباب سائفة .

(١) وقد سبق أن بينا في الجزء الثاني من الوسيط (فقرة ١١٩ ص ٢٠٤ - ص ٢١٢) أن الوارث لا يعتبر غيراً بالنسبة إلى تاريخ الورقة الصادرة من مورثه في مرض الموت ، ويعتبر غيراً بالنسبة إلى سريان التصرف الصادر في مرض الموت . وقلنا في هذا الصدد : « والذي أوقع اللبس في هذه المسألة هو الخلط ما بين الغيرية في سريان التصرف والغيرية في ثبوت التاريخ . فالوارث ، في سرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ، يعتبر غيراً من ناحية سريان هذه ==

١٨١ - سبب تغيير التصرف في مرض الموت : وإذا كان التصرف

الذى يصدر في مرض الموت مقيداً ، فسبب التقييد لا يرجع إلى أهلية المريض ولا إلى عيب في إرادته . فالمريض مرض الموت لا يفقد أهليته ، بل ولا تنتصر هذه الأهلية ، فما دام حياً حافظاً لقواه العقلية فانه يبقى متمتعاً بأهليته الكاملة إلى آخر لحظة من حياته . ولو وقع أن المريض أفقده التمييز ، فان التصرف الذى يصدر منه وهو في هذه الحالة يكون باطلاً لانه يفتقر التمييز ، ولا يقتصر الأمر فيه على أن يكون تصرفاً غير نافذ في حق الورثة لصلوره في مرض الموت .

ولانما يرجع تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض (١) . فانه من المقرر في الفقه الإسلامى أن حق الورثة يتعلق بأموال مورثهم ، لا من وقت موته فحسب ، بل من وقت المرض الذى

= التصرفات في حقه ، فهي لا تسرى عليه فيما يحاور ثلث للتركة . ولا يعتبر غيراً من ناحية ثبوت التاريخ فيحتاج عليه بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح . (الوسيط جزء ٢ فقرة ١١٩ ص ٢٠٦ - ٢٠٧) . وانظر مقال الأستاذ سليمان مرقس في قوة المهررات العرفية في الإثبات وحجية تاريخها على الوراث الذى يطن فيها بصورها في مرض الموت في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧ - ص ٣٠٤ ، وإلى هذا المقال يرجع الفضل في تحول الفقه المصرى إلى رأى الصحيح في هذه المسألة كما سبق أن بينا (الوسيط ٢ ص ٢٠٦ هامش رقم ١) . وانظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٤٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٣٠ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٨ - الأستاذ عبد المنعم للبدر اوى فقرة ٤١٩ .

ومن الفرائض على صدور التصرف في مرض الموت أن يكون البيع محرراً بخط المشتري ولم يسجل إلا قبل وفاة البائع بيومين (استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ١/١٠٨ ص ٢٩٦) . ومنها تسجيل العقد تسجيل تاريخ قبل الوفاة بمدة قليلة ثم تسجيله بعد الوفاة تسجيلاتاً (استئناف وطنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٣ الشرائع ١ رقم ٢٠٤ ص ٩٥) . ومنها أن يكون العقد قد تحرر قبل الوفاة بأيام قليلة ما لم يكن البائع قد مات فجأة (استئناف وطنى ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١١٨ ص ١١٦) . ولا مانع من الطعن في التصرف بأنه صادر في مرض الموت بعد الطعن فيه بالتزوير (محكمة مصر الوطنية ٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ١/٥٣٩ ص ٩٩٦) .

(١) وعلى هذا انعقد إجماع الفقه المصرى : الأستاذان أحمد نجيب المذلل وحامد زكى فقرة ٢٠٦ وفقرة ٢١٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٢٩٩ ص ٤٨٣ - ص ٤٨٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٥٨ - الأستاذ عبد المنعم للبدر اوى فقرة ٤١٨ .

يموت فيه . فاذا صدرت منه تصرفات تنطوي على تبرع منذ هذا المرض ، كان لها التصرفات حكم الوصية . ذلك أن المريض وهو على شفا الموت إذا تبرع بماله ، فانما يقصد أن ينقل هذا المال إلى غيره بعد موته ، لا في المدة المحدودة القصيرة التي تقدر له الحياة فيها . ولا يستطيع إنسان أن ينقل ماله بعد موته بتصرف إرادى ، إلا إذا كان ذلك عن طريق الوصية بقيودها المعروفة . فكل تبرع يصدر في مرض الموت يتقيد إذن بقيود الوصية ، وحتى المعاوضات إذا انطوت على تبرع ، كأن يبيع بثمن أقل من قيمة المبيع ، يكون لها هي أيضاً في التبرع المحابي به حكم الوصية . ومؤدى ذلك أن التصرف الصادر في موت المرن إذا انطوى على تبرع فيها يجاوز ثلث التركة لا يكون باطلا ولا يكون قابلاً للإبطال (١) ، بل يكون فيها جاوز ثلث التركة غير نافذ في حق الورثة (٢) . فهو تصرف صحيح ، ولكنه لا ينفذ في حق الورثة إلا باجازتهم ، فاذا لم توجد ورثة نفذ التصرف في كل المال .

وقد اختلف فقهاء الإسلام في تكييف حق الورثة الذي يتعلق بأموال مورثهم وقت مرض الموت . فذهب بعضهم إلى أنه حق ملكية كامل يثبت بمجرد المرض ، وذهب آخرون إلى أن حق الملكية إنما يكون عند الموت ولكنه يستند إلى وقت بدء المرض ، وذهب فريق ثالث إلى أن حق الورثة وقت المرض ليس حق ملكية بل هو حق خلافة أو إرث (٣) . وأياً كانت طبيعة حق الورثة ،

(١) قارن استاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٠ .

(٢) وتسقط دعوى عدم نفاذ التصرف بخمس عشرة سنة من وقت موت المريض (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ويدعوانها بدعوى بطلان) ، فلا يكتفى إذن سكوت الورثة ولو مدة طويلة إذ كانت دون مدة السقوط (استئناف مختلط ١٥ يونيه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٧٢) ، ما لم يستخلص من هذا السكوت إجازة ضمنية للتصرف من الورثة ، وقد قضت محكمة استئناف أسبوط بأن سكوت الورثة بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشتري دون أن يطن الوارث ، بل سكت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته يعتبر إجازة للعقد الصادر في مرض الموت (١٨ مارس سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٢٤٢) .

(٣) فسد الشافعى لا يثبت الإرث إلا عند الترت ، وفي المسألة خلاف عند الحنفية . ويظهر أثر ذلك في المطلقة دون رضاها طلاقاً باتناً في مرض الموت ومات مطلقها وهي في العدة ، هل ترث أو لا ترث ؟ عند الحنفية ترث ، وعند الشافعية لا ترث . ويورد صاحب البدائع حجج =

قانه حق يقيد من نصرف المريض على النحو الذى أسلفناه .

== الفريقين على الوجه الآتى : « وإن كان (الطلاق) بنهر رضاها فإنها توث من زوجها عندنا ، وعند الشافعى لا توث . ومعرفة هذه المسألة مبنية على معرفة سبب استحقاق الإرث وشرط الاستحقاق ورقته . أما السبب فنقول لا خلاف أن سبب استحقاق الإرث في حقها النكاح ... واختلف في الوقت الذى يصير النكاح سبباً لاستحقاق الإرث . وعند الشافعى هو وقت الموت ، فإن كان النكاح قائماً وقت الموت ثبت الإرث ، وإلا فلا . واختلف مشايخنا . قال بعضهم هو وقت مرض الموت ، والنكاح كان قائماً من كل وجه من أول مرض الموت ، ولا يحتاج إلى إبقائه من وجه إلى وقت الموت ليصير سبباً . وتفسير الاستحقاق عندهم هو ثبوت الملك من كل وجه للوارث من وقت المرض بطريق الظهور ، ومن وجه وقت الموت مقصوراً عليه وهو طريق الاستناد ، وهما طريقتا مشايخنا المتقدمين . وقال بعضهم : وهو طريق المتأخرين منهم ، إن النكاح القائم وقت مرض الموت سبب لاستحقاق الإرث وهو ثبوت حق الإرث من غير ثبوت الملك للوارث أصلاً لا من كل وجه ولا من وجه . وجه قول الشافعى أن الإرث لا يثبت إلا عند الموت ، لأن المال قبل الموت ملك المورث بدليل نفاذ تصرفاته ، فلا بد من وجود السبب عند الموت . ولا سبب ههنا إلا النكاح ، وقد زال بالإبانة والثلاث ، فلا يثبت الإرث ، ولهذا لا يثبت بعد انقضاء العدة ولا يرث الزوج منها بلا خلاف ولو كان النكاح قائماً في حق الإرث لورث لأن الزوجية لا تقوم بأحد الطرفين فدل أنها زائلة . ولنا إجماع الصحابة رضى الله عنهم والمعقول . أما الإجماع ... وأما المعقول فهو أن سبب الاستحقاق الإرث وجد مع شرائط الاستحقاق فيستحق الإرث ، كما إذا طلقت طلاقاً رجبياً . ولا كلام في سبب الاستحقاق وشرائطه ، وإنما الكلام في وقت الاستحقاق . فنقول وقت الاستحقاق هو مرض الموت . أما هل التفسير الأول والثاني وهو ثبوت الملك من كل وجه أو من وجه ، فالدليل عليه النص وإجماع الصحابة رضى الله عنهم ودلالة الإجماع والمعقول . أما النص فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال إن الله تعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم ، أى تصدق باستبقاء ملككم عليكم في ثلث أموالكم زيادة على أعمالكم . أخبر عن سنة الله تعالى على عباده أنه استبق لهم الملك في ثلث أموالهم ليكون الوسيلة إلى الزيادة في أعمالهم بالصرف إلى وجوه الخير ، لأن مثل هذا الكلام يخرج مخرج الإخبار عن المنة . وآخر أعمارهم مرض الموت ، فدل على زوال ملكهم عن الثلثين إذ لو لم يزل لم يكن لهم عليهم بالتصدق بالثلث بل بالثلثين ، إذ الحكيم في موضع بيان المنة لا يترك أهل الميت يذكر أدناها . وإذا زال ملكه عن الثلثين يؤول إلى ورثته ، لأنهم أقرب للناس إليه .. وأما إجماع الصحابة رضى الله عنهم .. وأما دلالة الإجماع فهي أنه لا ينفذ تبرعه فيه زاد على الثلث في حق الأجانب ، وفي حق الورثة لا ينفذ بشئ أصلاً ورأساً حتى كان للورثة أن يأخذوا الموهوب من يد الموهوب له من غير رضا إذا لم يدفع القيمة ولو نفذ لما كان لهم الأخذ من غير رضا . فدل عدم النفاذ على زوال الملك ، وإذا زال يزول إلى الورثة لما بينا . وأما المعقول فهو أن المال الفاضل عن حاجة الميت يصرف إلى الورثة بلا خلاف ، والكلام فيما إذا فضل ووقع من وقت المرض الفراغ عن حوائج الميت . فهذه الدلائل تدل على ثبوت الملك من كل وجه للوارث في المال الفاضل عن حوائج الميت ، فدل على ثبوت الملك من وجه لا محالة . وأما على ==

ولما كان تقييد تصرف المريض في مرض الموت يرجع إلى حق الورثة في ماله وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامي، فإن هذا التقييد لا يسرى إلا في حق من تجرى في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية، وهؤلاء هم كل المسلمين كانوا أو غير مسلمين. أما الأجنبي الذي لا تجرى في ميراثه أحكام الشريعة الإسلامية فلا يسرى هذا التقييد في حقه (١).

١١٢ - الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت : وقد أورد التقنين المدني نصاً يقرر الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت ، أياً كان هذا التصرف بيعاً أو غير بيع . فنصت المادة ٩١١ مدني على ما يأتي : ١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع ، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ٣ - وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت ، اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك . كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه .

ولسنا هنا في مقام شرح هذا النص ، ونقتصر فيه على القدر الذي يتعلق

= التفسير الثالث ، وهو ثبوت حق الإرث رأساً ، فدلالة الإجماع والمقول . أما دلالة الإجماع . أن ينقض تبرعه بعد الموت ، ولولا تعلق حق الوارث بماله في مرض موته لكان التبرع تصرفاً من أهل في محل ملك له لا حق للغير فيه فينبغي ألا ينقض ، فدلالة القول على تعلق الحق . وأما المقول فهو أن النكاح حال مرض الموت صار وسيلة إلى الإرث ، ووسيلة حق الإنسان حقه لأنه ينتفع به ، والطلاق البائن والثلاث لإبطال هذه الوسيلة فيكون إبطالاً لحقها ، وذلك إضرار بها فيرد عليه (الهدائع ٣ ص ٢١٨ - ص ٢٢٠) . وانظر أيضاً في هذه المسألة الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ١٠ - ص ١٣ .

(١) ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن أحكام بيع المريض مرض الموت تسري ولو كان البائع أجنبياً : ٢٥ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٤٧ - ٣ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٨ ص ٤٧٢ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٥ .

بالبيع (١) ، فقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ٤٧٧ مدني تنص على ما يأتي :
 « ويسرى على بيع المريض مرض الموت أحكام المادة ٩١٦ » . فإذا صدر بيع
 من المورث ، وبعد موته طعن الورثة في هذا التصرف ، فأول شيء يجب
 على الورثة عمله في هذا الطعن هو أن يثبتوا أن البيع قد صدر من مورثهم وهو
 في مرض موته . ولهم لإثبات ذلك بجميع الطرق ، وبكون التاريخ العرفي للبيع
 حجة عليهم إلى أن يثبتوا بجميع طرق الإثبات أن هذا التاريخ قد قدم
 وأن التاريخ الحقيقي للبيع يقع في مرض الموت ، وقد سبق بيان كل ذلك .
 فإذا أثبت الورثة أن البيع قد صدر في مرض الموت ، فإن النص يفترض أن البيع
 حقيقته هبة وأن المريض لم يقبض ثمناً من المشتري وأن الثمن المذكور في العقد
 إنما هو ثمن صوري . ولكن هذا الفرض قابل لإثبات العكس (٢) ، وعلى المشتري
 لينقض هذه القرينة أن يثبت أنه دفع فعلاً ثمناً للمبيع لا يقل عن قيمته (٣) . فإذا

(١) ولم يكن التقنين المدني السابق يشمل على نص مماثل نص المادة ٤٧٧ من التقنين المدني
 الجديد ، ولذلك تضارب القضاء في مد أحكام بيع المريض مرض الموت إلى تصرفاته الأخرى
 غير البيع . ففقت محكمة الاستئناف المختلطة بأن شراء المريض من الوارث لا تسرى عليه أحكام
 البيع (٢٥ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٤٢ ص ٣١٤) . ولكن إقرار المريض لإثباته يسرى عليه
 حكم البيع (استئناف مصر ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٢/٥٣٤ ص ١٥٦ -
 ٦ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢/٢٤٠ ص ٤٤٠ - المنصورة ٢٥ يناير سنة ١٩٢٧
 المحاماة ٨ رقم ٣٤٤ ص ٥٢٤ - طنطا ٢٨ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٢/٣٧ ص ٦٧ -
 الزقازيق ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٨ ص ٨٤٨ - الزقازيق ٤ ديسمبر
 سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٤٩ ص ٨٧ - أسبوط ٢٩ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢
 رقم ٨٠ ص ١٣٤ - استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٩٣ - انظر عكس
 ذلك أي عدم جواز الطعن في الإقرار الصادر في مرض الموت : استئناف مصر ٣ يناير سنة ١٩٢٨
 المحاماة ٨ رقم ٤٧٠ ص ٧٧١ - الزقازيق ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٣٠
 رقم ٥٦ ص ١٣٥ - مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٣ رقم ٢/٦٤٥ ص ١٢٧٥) .
 أما الإيجار فلا يتأثر بصدره في مرض الموت (مصر ١٩ يناير سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٦٣٦
 ص ٨٥٠) .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٠٧ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل
 مرسى ص ٤٨٦ - قارن استئناف مصر ٩ مايو سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ ص ٤٤ .
 (٣) ولا يجوز للمشتري التمسك بإقرار البائع أنه قبض ثمناً وذكر ذلك في عقد البيع ، لأن هذا
 إقرار من مريض في مرض موته فلا يعتد به ، ولأن الشبهة قائمة في أن البائع والمشتري متواطئان
 على تصوير أن هناك ثمناً دفع (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٨٩ - الأستاذ
 عبد المنعم البدر أوى فقرة ٤٢١ ص ٦١٢ هامش رقم ١) .

يستطع إثبات ذلك ، أو ثبت أن الثمن الذى دفعه أقل من قيمة المبيع ، اعتبر البيع - و المبيع كله في الصورة الأولى وفي حدود زيادة قيمة المبيع على الثمن في الصورة الثانية - تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية .
هذا ما نتكفل الآن ببيانه .

ب - أحكام البيع في مرض الموت

١٨٣ - **فروض مختلفة :** البيع في مرض الموت إما أن يكون بثمن لا يقل عن قيمة المبيع ، أو بثمن يقل بما لا يجاوز ثلث التركة ، أو بثمن يقل بما يجاوز هذا الثلث ، أو بغير ثمن أصلاً وفي هذه الحالة يكون البيع هبة مستترة .

فهذه فروض مختلفة نستعرضها واحداً بعد الآخر ، ثم نعلقها بما قرره القانون من حماية الغير حسن النية .

وقد قدمنا أن الورثة إذا أثبتوا أن البيع قد صدر في مرض الموت ، فإن البيع يعتبر صادراً على سبيل التبرع أى يكون هبة بغير ثمن ، ولا عبء بالثمن المذكور في العقد . وعلى المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً ، وأن يثبت مقدار الذى دفعه من ذلك . فإذا لم يستطع إثبات أنه دفع ثمناً ، كان البيع هبة . وإذا استطاع إثبات أنه دفع ثمناً ومقدار مادفعه ، لم تحل الحال كما قدمنا من أن يكون هذا الثمن لا يقل عن قيمة المبيع أو يقل بما لا يجاوز الثلث أو بما يجاوزه (١).

(١) أما بالنسبة إلى الدائنين ، فكل محاباة أو تبرع في مرض الموت يعتبر في حكم الوصية ، فتقدم عليها الديون ، ولا تنفذ إذا كانت التركة مستغرقة . وقد جاء في المادة ٣٦١ من مرشد الحيران في هذا المعنى : « إذا باع المريض لأجنبي (أو لغير أجنبي من باب أولى) شيئاً من ماله بمحاباة فاحشة أو يسيرة ، وكان مديوناً بدين مستغرق لماله ، فلا تصح المحاباة سواء أجازته الورثة أم لم يجيزوه . ويخير المشتري من قبل أصحاب الديون ، فإن شاء بلغ المبيع تمام القيمة ، وإلا فسخ البيع . فإن كان قد تصرف في المبيع قبل الفسخ ، تلزمه قيمته بالغة ما بلغت » - وإذا برى المريض من مرضه ، جاز للدائنين الطعن بالدعوى البولصية في تصرفه باعتباره تبرعاً (الأستاذان نجيب الهلالى فترة ٢١٨ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠٠ ص ٤٨٦ - ص ٤٨٧) ، وهذا فرق دعوى الإبطال للغلط التى تكون للمريض نفسه بعد أن يبرأ من مرضه كما سبق القول ، وفى دعوى يجوز لدائنيه أن يرفعوها باسمه .

١٨٤ - البيع بما لا يقل عن القيمة : إذا أثبت المشتري أنه دفع ثمناً للبيع لا يقل عن قيمته ، كان البيع صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

والمراد بالوارث ، في جميع أحكام بيع المريض مرض الموت ، هو من يكون وارثاً وقت موت المورث ، ولو لم يكن وارثاً وقت البيع . أما من كان وارثاً وقت البيع وأصبح غير وارث وقت موته المورث ، فلا يعتبر وارثاً في هذه الأحكام . فلر لم يكن للمورث وقت البيع من الورثة غير بنت وزوجة وأخت ، ثم رزق بعد البيع مولوداً ذكراً ، اعتبر الابن وارثاً ولو أنه لم يكن موجوداً وقت البيع ، ولم تعتبر الأخت وارثة لأنها لا ترث وقت الموت وإن كانت تعتبر وارثة وقت البيع (١) . كذلك تقدر قيمة المبيع ، لمعرفة نسبة الثمن إليها ، وقت الموت لا وقت البيع . فلو باع المريض داراً بألفين وكانت قيمتها وقت البيع معادلة لهذا الثمن ، ثم أصبحت قيمتها وقت الموت ألفين وخمسمائة ، فإن البيع هنا يكون بأقل من القيمة بمقدار خمسمائة ، وهذا بالرغم من أنه كان يمثل القيمة وقت البيع . وعلى العكس من ذلك لو كانت قيمة الدار وقت البيع ألفاً وخمسمائة ، ثم أصبحت ألفين وقت الموت ، فإن البيع يكون يمثل القيمة .

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٣ - وبيت المال لا يعتبر وارثاً ، فالبيع في مرض الموت للزوجة صحيح إذا لم يكن للزوج وارث آخر . ولذلك لا يصح بيت المال (الحكومة) أن يظن في المقد بحجة أن له ثلاثة أرباع التركة ، لأن بيت المال ليس بوارث . بل الحكومة تستحق التركة إذا خلت من الورثة أو وجد منهم فقط من لا يمكن الرد عليه ، لا من طريق الإرث ، بل لاعتبارها مالا لا مالك له (محكمة البان ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٤٢ ص ١٢٧ - وانظر المنيا ١٨ مارس سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧٧ ص ٧٥٧ - وقارن مع ذلك استئناف مخطوط ٢٥ مارس سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٩٢) . وهذا الحكم يتفق مع ما جاء في الفقه الإسلامى من أن بيت المال يأخذ المال من جهة أنه لا مالك له (أحكام القرآن للجصاص ٢ ص ١٠٠ - وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٢١١ ص ٢٠٥ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦) - وقد جاء في قانون الوصية نص صريح في هذا المعنى ، فقضت المادة ٣٧ من هذا القانون بأن « تنفذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكل ماله أو بعضه ، من غير توقف على إجازة الخزانة العامة » .

وقد كان البيع يمثل القيمة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين البيع لغير وارث والبيع لوارث . ففي البيع لغير وارث يتفق التقنين السابق مع التقنين الجديد في الحكم الذي تقدم بيانه . أما في البيع لوارث فقد كان هناك ، في عهد التقنين المدني السابق ، رأيان . الرأي الأول ، وكان الرأي الأرجح ، يجعل البيع نافذاً دون حاجة إلى إجازة الورثة كما في البيع لغير الوارث ، وهذا هو رأي الصاحبين في المذهب الحنفي . والرأي الثاني يذهب إلى أن البيع لا ينفذ في حق الورثة إلا بإجازتهم ، لأن المورث يخص الوارث بعين المبيع ، وفي هذا ضرب من المحاباة والإيثار ، وهذا هو رأي الإمام أبي حنيفة (١) .

١٨٥ - البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة: وإذا أثبت

المشتري أنه دفع ثمناً للمبيع وأثبت مقدار مادفع ، وكان هذا المقدار يقل عن قيمة المبيع وقت الموت بما لا يجاوز ثلث التركة ، فإن البيع يكون هنا أيضاً صحيحاً نافذاً في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث .

والتركة تقدر بقيمة أموال المورث وقت الموت لا وقت البيع ، وتدخل فيها قيمة المبيع ذاته (م ٤٧٧ / ١ مدني) . فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفان بآلف ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وخمسمائة ، كان البيع بأقل من قيمة المبيع بمقدار خمسمائة لا بمقدار ألف ، وكان نقص الثمن عن القيمة لا يجاوز ثلث التركة ، وقد أصبحت ألفاً وخمسمائة يوم الموت ودخل المبيع فيها عند تقدير قيمتها كما سبق القول .

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدني السابق يجرى التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قلناه ، وما إذا كان البيع لوارث ولا ينفذ إلا بإجازة الورثة (٢) . ذلك

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١٥ .

(٢) استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٩ - ٤ مايو

سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ١٧ .

أن أية محاباة في الثمن تعتبر تبرعاً فتأخذ حكم الوصية ، وكانت الوصية في عهد التقنين المدني السابق لا تجوز لوارث إلا بإجازة الورثة إلى أن صدر قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) يجوز الوصية لوارث دون حاجة إلى إجازة الورثة (١) .

١٨٦ - البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة : وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً إلا مبلغاً هو أقل من قيمة المبيع وقت الموت بما يجاوز ثلث قيمة التركة وقت الموت أيضاً ، فإن البيع في هذه الحالة لا يكون نافذاً في حق الورثة فيما يجاوز ثلث التركة إلا بإجازتهم (٢) . وهذا هو حكم

(١) والمبرة في معرفة أى حكم يسرى تكون بتاريخ موت المورث . فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ التشريع الذى يجيز الوصية لوارث (قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦) ، فحكم التقنين القديم هو الذى يسرى ، وإلا فحكم التقنين الجديد .

وكان القضاء في العهد السابق يكشف عن تحايل المريض إذا باع لغير وارث ثم يحول المشتري البيع إلى وارث ، فصدور البيع لولد الزوجة وهو غير وارث ثم تحول المقدم من الولد إلى أمه فيه تحايل ، ويعتبر بيعاً صادراً لوارث في مرض الموت (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ . المحاماة ١١ رقم ٣/٤٣٠ ص ٨٢٨) .

(٢) نقض مدنى ٢٦ أبريل سنة ١٩٣٤ مجموعة عمر ١ رقم ١٧٧ ص ٣٨٠ - استئناف وطنى ٢٥ أبريل سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ١٣٨ .

هذا والإجازة يجب أن تصدر من أهل التبرع ، فلا يصح أن يكون الوارث المميز صبياً أو مجنوناً أو محجوراً عليه ، أو أن يكون هو نفسه مريضاً مرض الموت . والمحيز إذا كان مريضاً مرض الموت لا تنفذ إجازته إلا في حدود ثلث تركته بغير إجازة ورثته (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٠٦ هامش رقم ٢) . ويجب أن يكون المحيز عالماً بالمعيب وراعياً في تصحيحه ، فاشتراك الوارث في تحرير محضر جرد التركة وإشارته في المحضر إلى التصرف لا يكون إجازة إلا إذا أراد بذلك الموافقة على التصرف (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ١٦٤ استئناف وطنى أول فبراير سنة ١٩١٠ : المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/١٠٨ ص ٢٩٦ - استئناف مختلط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٧١ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠) .

ويجب أن تقع الإجازة بعد الموت ، فالإجازة الحاصلة وقت المقدم أو اشتراك الورثة في نفس المقدم لا يعتبر إجازة ، ويجب صدور الإجازة مرة ثانية بعد الموت . وإجازة بعض الورثة دون بعض لا تنفذ إلا في حصص من أجازة الورثة (نقض مدنى ٢٠ مايو سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٧ ص ١٦٤ وهو الحكم السابق الإشارة إليه) . ويجوز للمشتري أن ينذر الورثة =

الوصية ، وقد قدمنا أن المقدار المحابي به يعتبر في حكم الوصية . ويستوى في ذلك أن يكون البيع لوارث أو لغير وارث (١) . فلو أن المريض باع داراً قيمتها وقت البيع ألفاً ، ولم يكن له مال غير هذه الدار ، وقد أصبحت قيمتها وقت الموت ألفاً وثمانمائة ، فإن المقدار الذي حوّل به المشتري يكون ثمانمائة . وهذا يزيد على ثلث التركة - وقدره ستمائة - بمائتين . فلا ينفذ البيع في حق الورثة في الدار بمقدار مائتين إلا بإجازة الورثة ، وينفذ في باقي الدار دون حاجة إلى إجازتهم . فإن لم تجز الورثة في المائتين ، كان على المشتري أن يؤدي إليهم هذا المبلغ ليضاف إلى الألف الذي دفعه ثمناً ، فيخلص للورثة ألف ومائتان ، وهذا المبلغ هو ثلث التركة الواجب أن يخلص للورثة . وللمشتري أن يفسخ البيع ، فيرد الدار للتركة ، ويسترد منها الألف وهو الثمن الذي دفعه (٢)

= ليعلموا ما إذا كانوا يجيزون التصرف أو لا يجيزونه ، وأن يلجئوا إلى القضاء لتحديد ميعاد لذلك ، لكن إذا انقضى الميعاد هذا عدم إجازة منهم للتصرف (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢١٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٥٠ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٣٠١ ص ٤٩٠ - الأستاذ عبد المنعم للبدر اوى فقرة ٤٢٢) . وسكوت الوارث بعد وفاة المورث مع ظهور العقد ونقل التكليف للمشتري دون أن يظن الوارث ، بل سكوت مدة ثلاث سنوات أو أربع حتى وفاته ، يعتبر إجازة ضمنية للعقد الصادر في مرض الموت (استئناف أسبوط ١٨ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢٤٢ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

وإذا تعددت العقود الصادرة من المورث في مرض الموت ، اعتبر المشترون في حكم الموصى واقتسموا الثلث بنسبة ما أوصى به لكل منهم ، ولا محل للرجوع إلى تواريخ العقود لتعديم أقدمها تاريخاً أو تسجيلاً (استئناف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ٤٣٠/٥ ص ٨٢٨) . ويبدو أنه بالنسبة إلى الموصى له يعتبر بيع الموصى في مرض موته هو أيضاً في حكم الوصية ، فيكون البيع في مرض الموت إما ناقضاً للوصية الأولى وإما نافذاً معها في حدود ثلث التركة (قارن استئناف وطني ١٥ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ١٠٦ وتعليق الأستاذين أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٠٨ هامش رقم ١) .

(١) فإذا لم يكن للمريض ورثة نفذ البيع أياً كان المقدار المحابي به ولو كان البيع في حقيقته هبة ، ولا يعتبر بيت المال وارثاً كما سبق القول (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٢١٩ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٦) .

(٢) كذلك للورثة أن يسبقوا الدار شائعة بينهم وبين المشتري ، وتكون حصتهم فيها بمقدار المائتين اللتين اعتبر البيع فيهما غير نافذ . وقد أجازت محكمة استئناف أسبوط للوارث أن =

وقد كان البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة في عهد التقنين المدني السابق يجري التمييز فيه بين ما إذا كان البيع لغير وارث ويكون الحكم هو ما قلنا (١) ، وما إذا كان البيع لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع الدار - لا فيما يجاوز ثلث التركة فحسب - إلا بإجازتهم (٢) .

١٨٧ - المتصرف بغير إذن أصغر : وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت أنه دفع ثمناً ما لا ينس ، اعتبر المتصرف حبة بغير إذن ، وكان لها حكم الوصية لأنها وقعت من مرض الموت . فإذا كانت قيمة العين لا تزيد على ثلث التركة ، نفذ التصرف في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم . وإذا زادت قيمة العين على ثلث التركة ، لم ينفذ التصرف فيما جاوز الثلث إلا بإجازة الورثة ، فإن لم يجيزوا وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ما جاوز الثلث ، أي أن يرد إليها ما بقي بتكلمة ثلثها . ويستوى في ذلك كله أن يكون التصرف لوارث أو لغير وارث . فلو أن المريض تصرف في دار قيمتها وقت الموت ألفان ، ولم يستطع المتصرف له أن يثبت أنه دفع ثمناً ، وكانت قيمة التركة - ويدخل في ذلك قيمة الدار المتصرف فيها - ستة آلاف . فإن التصرف ينفذ في حق الورثة دون حاجة إلى إجازتهم ، لأن قيمة الدار لا تجاوز ثلث التركة . أما إذا كانت قيمة التركة ثلاثة آلاف والمسألة بحالها ، فإن قيمة الدار تجاوز ثلث التركة بمقدار ألف ، فإذا لم تجز الورثة التصرف وجب على المتصرف له أن يرد إلى التركة ألفاً على النحو الذي قلناه .

= يأخذ حقه وهو الثلثان مبنياً إذا كانت العين المبيعة قابلة للتجزئة (١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ ص ٦٤٥ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الهامة ١١ ص ٨٢٨) .

(١) الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٢ ومراجع الفقه والقضاء المشار إليها .

(٢) الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢١٥ . والمعبرة في معرفة أي حكم يسرى تكون هنا أيضاً بتاريخ موت المورث ، فإن كان هذا التاريخ قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ١٧ لسنة ١٩٤٦) الذي يهيئ الوصية لوارث فحكم التقنين القديم هو الذي يسرى ، وإلا فحكم التقنين الجديد .

قد كان التصرف بغير إذن أصلاً في عهد التقنين الملقى السابق يجرى التمييز فيه : إذا كان التصرف لغير وارث ويكون الحكم هو ما قدمناه ، وما إذا كان التصرف لوارث فلا ينفذ في حق الورثة في جميع الدار - سواء زادت قيمتها على ثلث التركة أو لم ترد - إلا بأجازة الورثة ، فإذا لم يجزوا وجب على الوارث رد الدار إلى التركة (١) .

١٨٠ - **مما به الغرض من النية** : ويتبين مما قدمناه أن هناك حالتين لا ينفذ فيهما تصرف المريض في حق الورثة إلا بأجازتهم ، وهما : (١) إذا تصرف بغير إذن أصلاً وكانت قيمة العين تزيد على ثلث التركة . (٢) أو باع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة .

ففي هاتين الحالتين إذا لم نجر الورثة ، ولم يرد المتصرف إليه إلى التركة ما يني بتكملة ثلثها ، كان للورثة أن يستوفوا من العين التي تصرف فيها المريض ما يني بتكملة ثلثي التركة . وإذا تبرع المتصرف له بالعين ، جاز للورثة أن يتبعوا العين في يد المتبرع له وأن يستوفوا منها حقهم على النحو الذي قدمناه (٢) . أما إذا كان المتصرف له قد تصرف في العين معاوضة لا تبرعاً ، بأن باعها مثلاً من شخص آخر ، فإن الورثة لا يستطيعون تتبع العين في يد المشتري إذا كان حسن النية ، أي إذا كان المشتري لا يعلم وقت أن اشترى العين أن للورثة حقاً فيها بل كان يعتقد أنها ملك خالص للبائع (٣) . وتقول المادة ٤٧٨ مدني ، كما رأينا ، في هذا الصدد ما يأتي : « لا تسري أحكام المادة السابقة لإضراراً بالغير حسن النية وإذا كان هذا الغير قد كسب بعرض حقاً عينياً على العين المبيعة » . ولا يني للورثة في هذه الحالة إلا الرجوع بحقهم على من تصرف له المريض .

(١) والمبررة هنا أيضاً بتاريخ موت المورث ، فإن كان قبل نفاذ قانون الوصية (رقم ٧١ لسنة ١٩٨٦) الذي يجيز الوصية لوارث مري حكم التقنين السابق ، وإلا فيسري حكم التقنين الجديد .

(٢) وذلك ما لم تكن العين منقولة وقد حازه المتبرع له بحسن نية .

(٣) أما إذا كان المشتري سيئ النية ، كأن أعلنه الورثة قبل أن يقدم على الشراء بعدم إجازتهم لتصرف المريض ، لم يجز - أن يطلب الحماية (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٠٧) .

وقد كان هناك خلاف عتدم فى عهد التقنين الملى السابق فبا إذا كانت مبادئ الفقه الإسلامى هى التى تسرى فى انتقال أموال التركة إلى الورثة أو هى مبادئ القانون الفرنسى ، فانقسم الفقهاء إلى فريقين ، فريق يقول بالرأى الأول وكان هو الرأى الراجع ، وفريق يقول بالرأى الثانى (١) . وقد حسم التقنين

(١) راسعاب الرأى الأول يستندون إلى أن المشرع فى عهد التقنين الملى السابق قد أحال الميراث على الشريعة الإسلامية ، لا فحسب من حيث تعيين للورثة وتحديد أمبتهم فى الميراث ، بل أيضاً باعتبار الميراث طريقاً لانتقال الملكية من المورث إلى الوارث . والوارث فى الشريعة الإسلامية لا يستمر شخص مورثه ولا يحل محله فى التزاماته ، بل إن ديون المورث تمتنع بالتركة ، وتبقى التركة ضامنة لديونه بعد موته كما كان ماله ضامناً لها حال حياته . ولا يرث الوارث إلا ما يبقى بعد سداد الديون ، إذ لا تركة إلا بعد سداد الدين . أما حق الدائنين فى الشريعة الإسلامية فهو أشبه بحق الاختصاص أو الرهن على جميع التركة ، فإذا باع الوارث شيئاً من أعيان التركة قبل سداد الدين ، كان للدائن أن يتبناها فى يد المشتري ويستوفى منها حقه . هذا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، أما إذا كانت غير مستغرقة فللدائنين كذلك رهن عام بمقدار ديونهم لأن أموال التركة مشغلة بحقوقهم ، ولكن الفقهاء أباحوا للورثة التصرف فى أعيان التركة لأن ضمان الدائنين هى التركة جميعها لا عين بالذات . على أن حق الورثة فى التصرف يقف حين لا يبقى فى التركة إلا ما يكتفى للوفاء بالديون ، وكل تصرف زاد على هذا الحد فهو غير نافذ فى حق الدائنين ، وللدائنين أخذ حقوقهم من أعيان التركة حيث توجد إذا لم يكن الباقى منها كافياً (الأستاذ عبد الحيد ببرى فى مجلة مصر المصرية ١٩١٤ ص ١٤ وما بعدها - وملاحظات الأساتذة عزيز كحيل وعبد الخالق ثروت وعبد الحميد مصطفى ومحمد حلى عيسى فى ص ٤٠) . وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى : استئناف وطنى ١٥ فبراير سنة ١٨٩٤ الحقوق ٩ ص ١٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٣ للشرايع ١ رقم ٤٢٤ ص ٢٧٧ - استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ١/١٤٢ ص ٢٦٤ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٠ الهامة ١١ رقم ٤٢٨ ص ٨٢٦ - ٨ مارس سنة ١٩٢٢ الهامة ١٤ رقم ٧٠ ص ١٦٨ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٢ الهامة ١٣ رقم ٤٢٩/٦ ص ٨٧١ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٥٧ ص ١٧ - محكمة مصر ٢٨ يناير سنة ١٨٩٦ القضاء ٣ ص ١٩٦ - ٢٢ مارس سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٠٧ - ٢٠ فبراير سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ١١٢ - محكمة طنطا ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٩ الهامة ١ رقم ١/٢٢ ص ١٩٩ - الإسكندرية ٣ أبريل ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٣٠ ص ٢٥٠ - استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٢ - ١٣ يونيو ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٣٥ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٦٩ - ٢٠ أبريل ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٢١ - ٢ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٥٤ - ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٠ - ٩ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٤٦ - ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٢٤ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٢ - ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٤ =

المدنى الجديد هذا الخلاف وأخذ صراحة بالرأى الأول ، فنصت الفقرة الأولى

= ومن أصحاب هذا الرأى الأول من يذهب إلى حد القول بحلول الديون المؤجلة بموت المدين وفقاً لمبادئ الفقه الإسلامى (الأستاذ عمر ركنى امرأتى فى مركز الوارث فى الشريعة الإسلامية سنة ١٩١٢ ومذلل له فى المحاماة السنة الأولى العدد الخامس) .

أما أصحاب الرأى الثانى فيذهبون إلى أن الشريعة الإسلامية إنما تسرى فى تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم ، أما فى كيفية انتقال المال إلى الورثة فليس هذا متصلاً بالأحوال الشخصية ، بل هو داخل فى أسباب كسب الملكية ، فتسرى به التواعد العامة فى القانون المدنى . ومن ثم يجب أن تفصل أموال التركة عن أموال الوارث الحسنة ، ويقدم دائنو المورث على دائنى الوارث فى اقتضاء حقوقهم من أموال التركة ، لأن حق الصانع عام الذى كان لهم فى حياة المورث لا يزال باقياً كما كان مادام المالان منفصلين . ولكن طبيعة هذا الحق لا تتغير فلا يصير عيباً بالموت ، ولا يكون للدائن حق تتبع العقار إذا خرج من يد الوارث مالياً إلا إذا كان المشتري سبباً النية وشأن الدائن أمام تصرف الوارث هو شأنه أمام تصرف المورث بلا فرق ، له أن يظن فى تصرف الوارث بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها كما كان له ذلك بالنسبة إلى تصرف المورث . ولكن الوارث يلتزم فى أمواله الخاصة بقيمة ما تصرف فيه من أموال التركة . وليس للدائنين أن ينضروا من ذلك لأن كل تصرفاته واقعة نتائجها على أمواله ، ولا سبيل إلى منعه عن التصرف إلا بالحجر (الأستاذ أحمد عبد الملطيف المحاماة السنة الثانية العدد الثالث - الأستاذ عبد الوهاب محمد الشرائع السنة الأولى ص ٥٧) . وانظر من أحكام القضاء فى هذا الرأى استئناف مصر ٨ مارس ٩ ديسمبر سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢٠ ص ٤٢ - استئناف مصر ٨ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ٢١٤ - محكمة الاسكندرية ٣١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ القضاء ٤ ص ١٨ .

وانظر فى هذه المسألة وما احتدم فيها من خلاف الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٩٩ - فقرة ٢٠ (وما أشير إليه من مراجع فى الفقه والقضاء) . وانظر بحثاً للأستاذ أحمد إبراهيم فى مجلة القانون والاقتصاد ٧ ص ٣٥٧ - ص ٣٩٨ وقد أخذت محكمة النقض ، فى عهد التقنين المدنى السابق ، بالرأى الأول . مننت بأن التركة عند الحنفية ، مستترقة كانت أو غير مستترقة ، تنتقل بمجرد الوفاة بحق عيني لدائنى التوفى نحو لم تتبعها واستيفاء ديونهم منها بالتقدم على سواهم ممن تصرف لهم الوارث أو من دائنيه . وهذا هو القانون الواجب على المحاكم المدنية تطبيقه إذا ما تعرضت للفصل فى مسائل المولدات بصفة فرعية . ولا يحول دون ثبوت هذا الحق العيني لدائنى التركة التعلل بأن الحقوق العينية فى القانون المدنى وردت على سبيل الحصر ، وبأن حق الدائن هذا من نوع الرهن القانونى الذى لم يرد فى التشريع الوضعى ، وذلك لأن عينية الحق مقررة فى الشريعة الإسلامية ، وهى - عن ماسبق القول - القانون فى الموارث . وإذن فالحكم الذى بنى حق الدائن فى تتبع أعيان تركة مديته تحت يد من اشتراها ، ولو كان المشتري حسن النية وكان عقده مسجلاً ، مخالف للقانون ' نقض مدنى ٢٧ فبراير سنة ١٩١٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٥٩ ص ٣٥٦) .

من المادة ٨٧٥ مدني على أن نعين الورثة وتحديد أنصبتهم في الإرث وانتقال أموال الشركة إليهم تسري في شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والثرائين الصادره في شأنها . فلم يقتصر سر بيان أحكام الشريعة الإسلامية على تعيين الورثة وإنما أنصبتهم في الإرث ، بل امتد أيضاً إلى انتقال أموال الشركة إلى الورثة . وهذه هي المسألة التي كانت محل خلاف في الماضي ، وقد حسم الخلاف فيها نص صريح كما نرى . إذن لابد من تطبيق مبادئ الفقه الإسلامي في انتقال أموال الشركة إلى الوارث ، وفي حكم بيع الوارث لأعيان الشركة قبل سداد ديونها . وقد أخذت فعلاً نصوص التقنين المدني الجديد في الميراث وسداد ديون الشركة بهذه المبادئ ، سواء خضعت الشركة لنظام التصفية أو لم تخضع .

فبحث إذن مسائل نحسب : (١) انتقال أموال الشركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي (٢) تصرف الورثة في أعيان الشركة قبل سداد الديون في الفقه الإسلامي (٣) انتقال أموال الشركة إلى الورثة في التقنين المدني الجديد (٤) تصرف الورثة في أعيان الشركة التي لم تخضع لنظام التصفية في التقنين المدني الجديد (٥) تصرف الورثة في أعيان الشركة التي خضعت لنظام التصفية في التقنين المدني الجديد .

= وقفت أيضاً بأن تصرف الورثة في الشركة المستترقة ببيع بعض أعيانها خاضع حكم القانون المدني من حيث اعتباره من غير مالك ، وبالتالي سبباً صحيحاً لاكتساب الملكية بالتقادم الخمسي ، ومن حيث عدم اعتباره محلاً لدعوى إبطال التصرف إضراراً بدائن الشركة . لكن الحكم الصادر هل هذا الأساس بملكية المشتري العين المبيعة له لا يكسبه هذه الملكية إلا بحملة بحق الدائن اسبقاً ، لأن التقادم قصير المدة المكسب للملكية لا يمكن أن يكون في الوقت نفسه تقادماً مستقلاً للحق العيني الذي يثقلها ، إذ هذا الحق إنما هو حق تبعي لا يسقط بالتقادم مستقلاً عن الدين الذي هو تابع له . وبقاء هذا الحق العيني على الأرض المبيعة هو سند الدائن في تتبعها بالتنفيذ تحت يد المتصرف إليه . وإذن فن الخطأ أن يلغى بإلغاء إجراءات نزاع الملكية التي يتبعها الدائن على تلك الأرض ، إذ هذا القضاء يكون فيه إهدار لحق الدائن في تتبع العين لاستيفاء دينه (نقض مدني ٢٧ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٦٠ ص ٣٦٥) . ويؤخذ على هذا الحكم الأخير أنه متى قرر للدائن حقاً عينياً على العين المورثة يمكنه من تتبع البزار تحت يد المشتري ، لم يعد في حاجة إلى إنكار ملكية الوارث للمفارقة إلى ترتيب التقادم الخمسي على انقضاء الملكية . ولو أن الوارث كان غير مالك حقاً ، وباع إلى مشتري حسن النية ، ذلك هذا بالتقادم الخمسي المبيع خالصاً من حق الشركة ودائنها ، فهؤلاء لا يبدون أن يكونوا في مركز الدائن الحقيقي ومركز من كسب حقاً من هذا المالك ، فيسري التقادم في حقهم .

١٩٠ - انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامي :

من المقرر في الفقه الإسلامي أن ديون الميت تتعلق بما يتركه من أموال ، فتصبح التركة هي المسئولة عن سداد هذه الديون . والدين يتعلق بمال التركة لا بدوات أعيانها ، إذ حق الدائن هو أن يستوفي الدين من مال التركة لا من عين بالذات .

وإذا بحث الفقهاء ، في الفقه الإسلامي ، متى تنتقل أعيان التركة إلى الورثة ، فليس الفرض من تحديد وقت انتقال الملكية القول بأن الورثة يستطيعون التصرف في هذه الأعيان من هذا الوقت . فإن ملكية الأعيان تنتقل إليهم والديون متعلقة بماليتها كما قدمنا ، فيحدد هذا من حق الورثة في التصرف كما سنرى . ولكن هناك نتائج أخرى تتوقف على تحديد وقت انتقال ملكية التركة إلى الورثة ، وهل يكون وقت موت المورث أو تبقى التركة على ملك الميت حتى تسدد الديون . ونذكر من هذه النتائج اثنين : (١) نماء أعيان التركة بالزيادة المتولدة - متصلة كانت أو منفصلة - كالثمرة والولد والربع والسمن ، إذا قلنا ببقاء التركة على ملك الميت يكون ملكاً للميت ، فيقضى من هذا النماء ديونه وتنفذ وصاياه . وإذا قلنا بأن الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذا النماء يكون ملكاً للورثة ، فلا تقضى منه ديون الميت ولا تنفذ منه وصاياه . (٢) نفقات أعيان التركة ، كنفقة الحفظ والصيانة وكمصروفات الحمل والخزن وكطعام الحيوان ، تكون على التركة فيما إذا بقيت ملك الميت . أما إذا انتقلت إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فإن هذه النفقات تكون على الورثة ، حتى إذا بيعت أعيان التركة في ديون الميت لم يكن للورثة الرجوع بما أنفقوا ، ويكون عليهم أن يتخلصوا من هذه النفقات بالمبادرة إلى بيع الأعيان لسداد الديون . وكما أن لهم نماء الأعيان يكون عليهم نفقتها ، والغرم بالغنم .

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في تحديد وقت انتقال التركة إلى ملك الورثة ، فمنها ما ذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت ، ومنها ما ذهب إلى انتقالها فوراً إلى ملك الورثة ، ومنها ما يميز بين حالة وحالة .

فعند المالكية تبقى أموال التركة على ملك الميت بعد موته إلى أن يسدد الدين، مستغرقاً للتركة أو لم يكن مستغرقاً لها .

وعند الشافعية والحنبلية تنتقل أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، مع تعلق الدين بها على النحو الذي قدمناه ، سواء كان الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق لها . وفي المذهب الحنبلي ، إلى جانب هذا القول ، قول آخر يذهب إلى بقاء التركة على ملك الميت إلى أن يسدد الدين ، وهو قول يتفق مع مذهب مالك .

وعند الحنفية يجب التمييز بين ما إذا كان الدين مستغرقاً للتركة أو كان غير مستغرق لها . فإن كان الدين مستغرقاً ، تبقى أموال التركة على ملك الميت ولا تنتقل إلى ملك الورثة . بل لا يستطيع الورثة أن يستخلصوا أموال التركة إلا إذا دفعوا كل الديون ، ولا يكفي أن يدهوا قيمة التركة ، وهذا على الرأي المشهور في المذهب الحنفي . وفي قول آخر يكفي لاستخلاص أموال التركة أن يدفع ثمة للدائنين قيمة هذه الأموال لجميع الديون . وأما إن كان الدين غير مستغرق للتركة ، فالرأي الراجح أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث مع تعلق الدين بهذه الأموال . وهناك رأي ثان يذهب إلى أن الأموال لا تنتقل في هذه الحالة إلى الورثة إلا بعد سداد الدين ، وهذا الرأي يتفق مع مذهب المالكية . وهناك رأي ثالث يذهب إلى أنه يبقى على ملك الميت من الأموال ما يكفي لسداد الدين ، وتنتقل بقية الأموال إلى الورثة (١) .

١٩١ - تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الديون في الفقه

الإمامية : اختلفت المذاهب الفقهية في صحة هذا التصرف ، ولكن اختلافها لا يتفرع حتماً على اختلافها في الوقت الذي تنتقل فيه التركة إلى ملك الورثة ، وإلا لوجب أن يقول من يذهب إلى انتقالها إلى ملك الورثة بمجرد موت

(١) أنظر عرضاً مفصلاً لهذه المذاهب وللأدلة التي يحتج بها كل مذهب في مقال الأستاذ عل الخفيف في مدى تعلق الحقوق بالتركة في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية عشرة من ١٥٨ - ص ١٧٤ .

المورث بنسخة نصرف الوارث قبل سداد الدين ، وأن يقول من يذهب إلى بقائها على ملك الميت بعدم صحة هذا التصرف ومضى بعد عرض المذهب في هذه المسألة أن هذا ليس مطرداً .

فعند المالكية ، وهم القائلون ببقاء الدين التركة على ملك الميت حتى يسدد الدين ، يقتضى منطق هذا القول أن يكون نصرف الوارث في أعيان التركة قبل سداد الدين باطلا سواء كان الدين مستغرقاً أو غير مستغرق . ولكن هذا هو أحد رأيين في المذهب ، وليس مبنياً على انعدام ملك الورثة بل على حماية حق الدائن فهو مقدم على حق الورثة . والرأي الآخر ينسب إلى أن نصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء الدين صحيح إذا لم ينس حق الدائن ولم ينضرر هذا به ، كأن يأذن فيه قبل أن يباشره الوارث ، أو ينزل عن دينه ، أو يبنى من التركة بعد التصرف ما يمكن لسداد الدين . لا فرق في ذلك كله بين أن يكون الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق . وإذا لم يستطع الدائنون أخذ حقوقهم إلا من المبيع ، فلذلك حالتان . الأولى أن يكون الوارث هالماً بالدين وقت نصرفه أو أن يكون الميت مشهوراً بالدين ، وعند ذلك يسخ البيع إلا إذا دفع المشتري قيمة المبيع يوم قبضه ، فإذا دفعها لزم البيع ورجع المشتري على بائعه من الورثة بما غرم من قيمته . والحالة الثانية أن يكون الوارث غير عالم بالدين ولا يكون الميت مشهوراً بأنه مدين ، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه ، ويرجع الدائنون على الوارث بقدر الثمن الذي قبضه من المشتري سواء كان فيه وفاء بالدين أو لم يكن ، ولا رجوع لهم على المشتري بشيء إلا إذا حابه الوارث في البيع فيرجع الدائنون بقدر المحاباة فقط (١) .

(١) وقد جاء في المتنونة الكبرى في هذا الصدد : « قلت رأيت رجلاً هلك وترك مالا وترك ديوناً للناس عليه ، وليس في مال هذا الذي ترك وفاء لحق واحد من الغرماء ، فأخذ الوصي المال أو أخذته الورثة فقصوه رجلاً واحداً وهم لا يعلمون بالدين لهم الدين ، أو كانوا يعلمون فقصوا واحداً من الغرماء دون بقيتهم . قال إذا لم يعلموا ببقية الغرماء ولم يكن الميت موصوفاً بالدين ، فلا شيء على الوصي ولا على الورثة . فإن علموا أن كان موصوفاً بالدين ، فليهم ما يصيب هؤلاء إذا تحاصروا ، ويرجع الورثة أو الوصي الذي انتضى المال بما غرم هؤلاء الغرماء . وإن كانوا لم يعلموا ، فإنما يتبع الغرماء الذين استوفوا المال ، ولا يكون على الوصي ولا على الورثة شيء . قلت وهذا قول مالك ، قال نعم هو قوله ... قلت رأيت إن باع الورثة »

والحنابلة كالمالكية عندهم رأيان : أحدهما أن تصرف الوارث في التركة المدينة قبل أداء المدين بغير إذن الغرماء ، باطل ، والثاني أنه صحيح نافذ مادام لم يمس حقوق الدائنين . ولكن الحنابلة يقفون عند وقت انتقال التركة للورثة ، فمن قال منهم إنها لا تنتقل إلا بعد سداد الدين ذهب إلى بطلان تصرف الوارث قبل السداد ، ومن قال إنها تنتقل فوراً بموت المورث ذهب إلى صحة هذا التصرف (١) .

وعند الشافعية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى ملك الورثة فوراً بموت المورث ، لا يجوز مع ذلك للوارث أن يتصرف في أموال التركة المدينة ، ولو كان الدين غير مستغرق للتركة . ذلك أن التركة تنتقل إلى الوارث مثقلة بالدين ، فيتعلق الدين بها كما يتعلق الرهن ، والرهن عند الشافعية يمنع من بيع

تركة الميت فأكلوها واستهلكوها ، ثم قدم قوم ماتوا المدينة على دين لهم حل الميت ، قال قال مالك إن كان الرجل الميت معروفاً بالدين ، فبادر الورثة الغرماء فأخذوا ماله فباعوه واقتسموه ، أكلوه ، كان للغرماء أن يأخذوا مال الميت حينما وجدوه ، ولا يجوز بيع الورثة ، واتباع الذين اشتروا الورثة . وإن كان الرجل الميت لا يعرف بالدين ، فباعوا حل مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم ، اتبع الغرماء الورثة ، ولم يكن لهم حل من اشترى منهم سبيل ، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما في أيديهم . قال ابن القمام أخبرني بهذا عن مالك غير واحد من أصحابنا ، وهو رأي . سحنون بن ابن وهب قال مالك في الرجل يهلك وهو مديان أو غير مديان معروف كلاهما في حاله ، ثم يبيع الورثة أمواله فيقتسمونها : ثم يأتي دين حل هذا الميت ، فيوجد المال بأيدي الناس الذين اشتروا . قال أما الذي يعرف بالدين ولا يجهل أمره ، فإن الغرماء يأخذون ما وجدوا بأيدي الناس الذين اشتروا ، ويتبع الذين اشتروا الورثة بأموالهم . وأما الذي لا يعرف بالدين ولا يظن به الدين ، فإنما يتبع غرماءه الورثة بشئ ما باعوا كان فيه وفاؤهم أو لم يكن . (الفتاوى الكبرى جزء ١٣ ص ٥٧ - ص ٥٩) .

(١) وقد جاء في المتن في هذا الصدد : « حكى بعض أصحابنا فيس مات وعليه دين ، حل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ روايتين : إحداهما لا يمنعه ، للخبر ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني والراهن والمفلس فلم يمنع نقله . فإن تصرف الورثة في التركة يبيع ونحوه ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن تعذر وفاؤه فسبح تصرفهم ، كما لو باع السيد عبده الجاني أو النصاب الذي رجبت فيه الزكاة . والرواية الثانية يمنع نقل التركة إليهم لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين ، فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يثبت لهم الملك قبلهما . فعل هذا لو تصرف الورثة ، لم يصح تصرفهم ، لأنهم تصرفوا في غير ملكهم ، إلا أن يأذن الغرماء لهم . وإن تصرف الغرماء ، لم يصح إلا بإذن الورثة » (الفتاوى جزء ٤ ص ٤٨٧) .

العين المرهونة . وكان مقتضى ذلك أنه يجوز للوارث بيع مال تركته باذن الدائن ، ولكنهم مع ذلك لا يجوزون التصرف ولو باذن الدائن ، لأن الدين لا يزال معتقاً بنفس الميت ، حتى لو كان باذن المدين يستطاع . فاشاوعية باذن يذهبون إلى أن تصرف الوارث في التركة المدونة بأشدين دين ، ولو لم يكن مستعقاً ، قبل سداده تصرف باطل . وللدائنين أن يتبعوا أعيان التركة في يد المشتري ، وللمشتري الرجوع على الوارث بما أدى من الثمن . ويستثنى من ذلك تصرف الوارث في التركة لسداد الدين ، فهو صحيح إذا كان باذن جميع الدائنين ، أو باذن القاصي إذا لم يكن الثمن أقل من القيمة . وهناك رواية أخرى في مذهب الشافعي أنه يصح تصرف الوارث في التركة المدونة ، لأن الدين حتى يتعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض ، فان قضى الوارث الدين لزم تصرفه ، وإن لم يقضه فسخ التصرف (١) .

وعند الحنفية ، وهم القائلون بانتقال أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث إذا كان الدين غير مستغرق وإلا فبقائها على ملك الميت ، لا يجوز مع ذلك للوارث حق التصرف لحسابه الشخصي ، وإلا كان التصرف باطلاً ، سواء كانت التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة . ويتبع الدائن العين في يد المشتري لبطلان التصرف ، ويرجع المشتري على الوارث بما أدى من الثمن . على أنه يجوز للوارث باعتباره خليفة عن الميت أن يتصرف في أموال التركة المدونة لسداد الدين ، ويصح تصرفه في هذه الحالة . وهناك من فقهاء الحنفية من لا يقول ببطلان التصرف ، إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين وكان الوارث

(١) وقد جاء في المذهب في هذا الصدد : « ومن مات وعليه ديون ، تعلقت الديون بمال كما تعلق بالحجر في حياته ... فإن تصرف الورثة في التركة قبل مضي الدين ، ففيه وجهان : أحدهما لا يصح ، لأنه مال تعلق به دين ، فلا يصح التصرف من غير رضا من له الحق كالمرهون . والثاني يصح ، لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك ، فلم يمنع التصرف كمال المريض . وإن قلنا إنه يصح ، فإن قضى الوارث الدين نفذ تصرفه ، وإن لم يقض فسخنا ... وإذا قدم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ، ثم ظهر غريم آخر ، رجع على الغرماء وشاؤهم فيما أخبروه من قدر دينه ، لأننا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر أنه لا غريم له غيرهم ، وبأنه لا خلاف ذلك وجب نقض أنفسنا ، كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه » (المذهب جزء أول ص ٢٢٧) .

تصرف لحسابه الشخصى أما إذا لم تكن التركة مستفرقة بالدين ، وتصرف الوارث لحسابه الشخصى ، كان التصرف صحيحاً نافذاً ما بينى فى التركة ما بينى بسداد الدين . ثم أجاز الدائن التصرف (١) .

ومخلص مما قدمناه عن اختلاف المذاهب فى هذه المسألة أن الأساس الذى يقوم عليه تقييد حق الوارث فى التصرف قبل سداد الدين هو حماية الدائن ، وليس هو انعدام الملكية أو وجودها عند الوارث . واختلاف الأقوال يرجع إلى اختلاف الطريقة التى يحى بها حق الدائن . فمن الأقوال ما يعمن فى حماية الدائن إلى حد أن يبطل تصرف الوارث قبل سداد الدين ، وهذا قول فى كل من المذاهب الأربعة . ومنها ما يجعل تصرف الوارث صحيحاً بشرط ألا يمس

(١) وقد جاء فى المبسوط للرخسى : « الدين إذا كان محيطاً بالتركة يمنع ملك الوارث فى التركة ، وإن لم يكن محيطاً فكذلك فى قول أبى حنيفة رحمه الله الأول ، وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال لأنه يخلف الموروث فى المال ، والمال كان مملوكاً للميت فى حال حياته مع اشتغاله بالدين كالمهرمون ، فكذلك يكون ملكاً للوارث . وحجتنا فى ذلك قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين ، فقد جعل الله تعالى أداء الميراث بعد قضاء الدين ، والحكم لا يسبق أوامره . نيكون حال الدين كحال فى حياة المورث فى المعنى ، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته لا يخلفه وارثه فيه . وإذا كان الدين محيطاً بتركته فالمال مشغول بحاجته ، وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف . ولا يقال يبق مملوكاً بغير مالك ، تبقى مالكية المدينون فى ماله حكماً لبقاء حاجته » (المبسوط جزء ٢٩ ص ١٢٦ - ص ١٢٨) . وجاء فى الزيلعى : « إن الدين يجب فى الذمة . . ولا ينتقل بالموت من الذمة إلى التركة . ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط ، وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر . . بخلاف الوصية فإن حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبق بعد هلاك التركة ، وليس لوارث أن يستخلص التركة ويطلبه من محل آخر . . ولأبى يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ، ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها إذا كانت مستفرقة بالدين » (الزيلعى جزء ٦ ص ٢١٤) . وجاء فى حاشية الشلبى على الزيلعى (جزء ٦ ص ٢١٤) : « إذا كانت التركة مستفرقة بالدين ، فأراد الوارث استخلاص التركة ونقد المال ، يجبر رب الدين على القبول . لأن عند استفراق التركة بالدين ، وإن كان لا ملك لهم ، ولكن لم حق استخلاص التركة . أما لو قالوا نحن نؤدى الدين ولم يكن المال نقداً ، كان للقاضى أن يبيع التركة ويقضى حق الغرماء . والأجنبى لو فقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول ، لأنه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة . والدين إذا كان زائداً على التركة ، فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا يقدر التركة ، كالعبد الجانى إذا فداء مولاه فداء بارثه » .

حق الدائن ، فينفذ التصرف بإجازة الدائن أو نزوله عن دينه أو ببقاء مال في التركة يكفي لسداد الدين ، وهذا قول آخر في كل من المذاهب الأربعة كذلك .

١٩٢ - انتقال التركة المبركة إلى الورثة في التقنين المدني الجديد :

وقد عني التقنين المدني الجديد بتنظيم القاعدة الشرعية التي تقضي بالانتركة إلا بعد سداد الدين ، وهي القاعدة التي رأينا المذاهب الفقهية المختلفة قد تضاربت في تحديد ما وفي استخلاص نتائجها . فأورد نظاماً مفصلاً لتصفية التركة المبركة ، بعد أن قرر إجمالاً وجوب اتباع الفقه الإسلامي في الميراث ، لا في تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فحسب ، بل أيضاً في كيفية انتقال أموال التركة إلى الورثة كما سبق القول .

ونوجز هنا ما انطوت عليه نصوص التقنين المدني الجديد من مبادئ رئيسية في انتقال أموال التركة من المورث إلى الوارث ، وفي حقوق الدائنين المتعلقة بالتركة وكيفية سداد الديون . وقد انطوى التقنين المدني في هذا الصدد على مبادئ رئيسية ثلاثة ، استقيت كلها من مبادئ الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة :

أولاً - تنتقل أموال التركة إلى الورثة بمجرد موت المورث ، مع تعلق حقوق الدائنين بها . فننتقل هذه الأموال مثقلة بحق عيني هو أقرب إلى أن يكون حق رهن ، ولكنه رهن مصدره القانون وليس الاتفاق مع الدائنين ، فهو رهن قانوني . ولا بد من شهر هذا الحق ليكون نافذاً في حق الغير ممن عسى أن يتصرف له الوارث (١) .

(١) وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن التركة . مستغرقة كانت أو غير مستغرقة ، تنتقل بمجرد الوفاة مثقلة بحق عيني لدائني المتوفى ، يخول لهم تتبعها واستيفاء ديونهم بالتقدم على سواهم من تصرف له الوارث أو من دائنيه . هذا الحق العيني يتوافر له خصيصته التتبع والتقدم لاستيفاء دائني المورث حقوقهم من التركة بلا تفرقة بين حائز حسن الية وآخر سيئ الية ، وإنه متعلق بالتركة كلها تعلق دين الرهن بالمرهون (دمنهور الكلية ٢١ مارس سنة ١٩٥٤ المحاماة ٢٦ رقم ٥٧٥ ص ١٥٧٠) .

ثانياً - ولما كانت أموال التركة تنتقل إلى الورثة بمجرد موت المورث ، فانه يجوز للورثة منذ هذا الوقت أن يتصرفوا فيها ، ولكن تصرفهم يكون خاضعاً لحقوق الدائنين على النحو الذي أسلفناه .

ثالثاً - ويكون سداد الديون ، إذا لم تخضع التركة لنظام التصفية ، بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه ، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية لاستيفاء حقه من أموال التركة ما يقرره القانون لكل شأن ، وذلك إما من طريق المحجز على هذه الأموال وهي في يد الورثة ، وإما عن طريق تلبية المحجز عليه في يد الغير إذا تم الشهر الذي أسلفناه الإشارة إليه - ويترتب على ذلك أن حالة الدائنين بعد موت المورث ، من حيث الالتجاء إلى الإجراءات الفردية ، تماثل حالتهم قبل موته . فمن سبق منهم غيره إلى التنفيذ ظفر بحقه ، ومن تأخر فقد يضيع عليه حقه كله أو بعضه . على أنه لا يجوز لأى دائن بعد موت المدين أخذ اختصاص على عقار في التركة (م ٢/١٠٨٥ مدني) . أما إذا خضعت التركة لنظام التصفية ، فلا يكون سداد الديون إلا بإجراءات جماعية يتولاها المصنف نيابة عن التركة . ومن ثم لا يجوز لأى دائن أن يتخذ إجراءات فردية لاستيفاء حقه ، بل يقوم المصنف في التركة - كما يقوم السند بك في التفليسة - بجرد أموال التركة وحصر الديون التى عليها وسدادها وتوزيع ما بقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . وإن ضاقت التركة بوفاء الديون ، تخاص الدائنون ، وأخذ كل منهم حصة بنسبة دينه ، ولم يأخذ الموصى لهم والورثة شيئاً .

١٩٣ - تصرف الوارث في أعباء التركة المديونة التي لم تخضع

لنظام التصفية : ونخصص القول هنا في حكم تصرف الوارث في أعباء التركة المديونة قبل سداد الدين إذا كانت هذه التركة لم تخضع لنظام التصفية . وقد نصت المادة ١٠٨٥ من القانون رقم ١٠٨٥ لسنة ١٩٢٨ على ما يكون يعنى رهن ، وأنه لا بد من شهر محاسب ليكون ناسخاً في حق من تصرف له الوارث ، ويكون الشهر ينشهر الدائن بدينه في خلال سنة من شهر حق الإرث ، ويجرى التأشير

أمام اسم المورث في سجل عام تدون فيه أسماء المورثين بنسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية .

فإذا تم التأشير على هذا النحر ، امتنع الدائن أن ينفذ بحقه على عقارات التركة ولو كان الورثة قد تصرفوا فيها ، فيتبعها في يد من وقع انتصرف لهم . وقد ورد هذا الحكم في المادة ٩١٤ مدني ، إذ تنص على ما يأتي ، « إذا لم تكن التركة قد صفت وفقاً لأحكام النصوص السابقة : جاز لدائني التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التي حصل التصرف فيها أو التي رتب عليها حقوق غير المصلح الغير ، إذا أشرخوا بديونهم وفقاً لأحكام القانون (١) » . وأحكام القانون هنا تبينها المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري ، ونحوي على الوجه الآتي : « يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فللدائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير (٢) » .

(١) أنظر في عهد التقنين المدني السابق : استئناف غنط ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠

ص ٣١٧

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « يؤدى هذا النص أن تأشير الدائن بدينه في الميعاد المشار إليه يحفظ له حقه مطابقاً قبل الغير ، حتى لو كان هذا الحق قد تلقاه صاحبه وشهره قبل هذا التأشير . أما بعد هذا الميعاد ، فالمعبرة بأسمية الشهر بين الدائن وبين من تلقى الحق من الوارث . ولا يبدأ ميعاد السنة بالنسبة إلى الدائن إلا من تاريخ شهر الإرث . أما إذا لم يشهر حق الإرث ، فللدائن أن ينفذ على أعيان التركة استيفاء لحقه ، والمفروض أنها تكون باقية على ملك الوارث إذ لا يجوز شهر أى تصرف صادر منه قبل شهر حق الإرث ذاته . وللدائن في جميع الأحوال ، ولو أغفل التأشير بدينه بعد استطاعته ذلك - أى بعد شهر حق الإرث - أن ينفذ على أعيان التركة التي تكون باقية على ملك الوارث . بمعنى أنه إذا باع الوارث بعض عقارات التركة وسجل عقد البيع (بعد تسجيل حق الإرث) ، ولم يؤشر الدائن بدينه ، كان لهذا الأخير الرجوع على عقارات التركة التي لم يتعلق بها حق الغير . وإذا رهن الوارث بعض عقارات التركة رهن ، فالدائن الذي لم يؤشر بدينه أن يرجع على هذا العقار المرهون ، ولكن يكون للدائن المرتهن أن يحتج =

ونظيماً لما فتمناه نفرض أن الوارث قد باع عقاراً في التركة قبل أن يسدد ديونها . فإذا كان الدائن قد أشر بدينه على النحر الذي أسلفناه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، ولم يستوف حقه من الوارث أو من أى طريق آخر ، كان له أن يتبع العقار تحت يد المشتري ، كما كان يتبعه لو أنه كان دائماً مرتباً ، فيستوفي حقه منه ، حتى لو كان البيع مسجلاً قبل فاشير الدائن بدينه مادام الناشر قد تم في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث كما سبق القول . ونرى من ذلك أن من يتعامل مع الوارث فيشتري منه عقارات للتركة ، يجب عليه أن يتحوط فلا يقدم على الشراء قبل انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث (١) ، وعند ذلك يستطيع أن يبين ما إذا كان هناك دائن للتركة أشر بدينه

قبله بحق الرهن . وما ندرى أن المادة ١٤ مكررة للمادة ١٣ التي أوجبت شهر الإرث حتى يسجد الوارث التصرف في عقارات التركة . وقد أخضعت المادة ١٤ ديون الضمان لنظام التمسك ، ولم توجب شهرها استقلالاً بطريق التسجيل . فإذا أهد الوارث شهر حقه ، لم يرد من التركة بشهر دينه ، مع بقاءه محمياً بقاعدة لا تركة إلا بعد وفاة الديون ، فتظل ديون التركة رغم خفائها عالقة بأعيانها كما لو كانت مرهونة بها . وانظر الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق المدنية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٥٩ ص ١٩٦ - والأستاذ محمد علي عرفه في الانجازات الحديثة في الميراث وتصفية التركة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٣ .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن « لكل ذي شأن أن يطلب إلى قاضي الأمور المستعجلة نحو الناشر المشار إليه في المادة الرابعة عشرة ، قيامه بالقاضي إذا كان سند الدين مطعوناً فيه طعناً جدياً » . فيجوز إذن أن يطلب المحر الوارث أو دائن آخر للتركة أو دائن شخصي للوارث أو مشتر من الوارث يضره الناشر فيطلب محوه . والأفضلية المترتبة على أسبقية الشهر لا تكون فيما بين دائني التركة « فلا يتقدم أحدهم على الآخر لجرد أنه أشر بحقه قبله ولكن الدائن الذي أشر في خلال السنة له أن يتبع العقار في يد الغير ، ولا يستطيع هذا التبع الدائن الذي لم يؤثر في خلال هذه المدة (الأستاذ محمد كامل مرسى في الحقوق المدنية الأصلية جزء ٥ فقرة ١٦٢ - الأستاذ محمد علي عرفه المقال المشار إليه في مجلة القانون والاقتصاد ١٨ ص ٢٢٧) .

(١) أما قبل شهر حق الإرث ، فإن القانون لا يمكن الوارث من التصرف في عقارات التركة ، إذ يمنع شهر أى تصرف يصدر منه قبل أن يشهر حق أرثه . وتقول المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد : « يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الورثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإلى أن يتم هذا التسجيل لا يجوز شهر أو تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه الحقوق » .

حتى يتعامل مع الوارث على هذا الأساس . فاما أن يحتجز من الثمن مقدار الدين ليقوم هو بسداده للدائن ، وإما أن يجعل الوارث يني بالدين ، فان لم يفعل لا هذا ولا ذاك عرض نفسه لإجراءات التمتع التي يقوم بها دائن التركة (١) .

فاذا لم يتم الدائن بالتأشير بدينه في خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لم يعد حقه نافذاً في مواجهة المشتري إذا سجل المشتري البيع قبل أن يقوم الدائن بالتأشير بعد انقضاء السنة . فاذا أشر الدائن بدينه بعد انقضاء سنتين مثلاً ، فان كان المشتري قد سجل البيع قبل هذا التأشير لم يستطع الدائن تتبع العقار في يده ، ما لم يكن المشتري سيء النية متواطئاً مع الوارث بحيث يجوز للدائن أن يطعن في البيع بالدعوى البولسية . وإن كان المشتري قد سجل البيع بعد تأشير الدائن ، كان للدائن أن يتبع العقار في يد المشتري وأن يستوفي منه حقه ٢ . وفي جميع الأحوال يجوز للدائن ، إذا لم يستطع أو لم يرد تتبع العقار ، أن يستوفي حقه من أموال التركة الأخرى التي لا تزال باقية في يد الوارث ، كما له أن يرجع بالتعويض على الوارث في ماله الشخصي إذا كان هذا قد بيع العقار عشاً وإصراراً بحقوق الدائن ولو لم تتوافر شروط الدعوى البولسية .

أما إذا كانت العين التي باعها الوارث قبل سداد الدين منقولاً ، فلا تأثير لتأشير الدائن بدينه في هذا البيع وينظر في هذه الحالة إلى المشتري ، فان كان سيء النية ، أى يعلم أن المنقول الذي يشتريه هو من أموال تركة لم تسدد ديونها ،

(١) ويبدو أن المشتري من الوارث لا يستطيع تطهير العقار ، كما كان يستطيع لو أن العقار كان مرهوناً رهناً رسمياً ، فإن التطهير إجراء استثنائي لا يمتد من الرهن الرسمي إلى غيره من الحقوق الماثلة إلا بنص في القانون . ولذلك حاز التطهير في حق الاختصاص لوجود هذا النص (م ١٠٠٥ مدني ، ولم يحجز في الرهن الخياري لاندغامه .

٢ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٧٦ ص ٩٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٩٠ ص ٦٦ - وإذا باع المورث عقاراً ولم يسجل المشتري البيع قبل موت المورث ، ثم باع الوارث العقار ذاته ، فإن المشتري من المورث يتصل على المشتري من الوارث إذا سجل عقده في خلال السنة التي تلي شهر حق الإرث أو أشر بدينه باعتباره دائناً للتركة في خلال هذه المدة ، حتى لو سجل المشتري من الوارث عنه قبل ذلك . أما إذا سجل المشتري من المورث البيع أو أشر بالدين بعد انقضاء السنة ، فالعبرة في المفاضلة بينه وبين المشتري من الوارث بالأسبقية في التسجيل أو التأشير . وسنود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى فيما يلي (انظر فقرة ٢٧٠) .

جاء للدائن أن يتبع هذا المنقول في يد المشتري وأن يستوفي حقه منه . أما إذا كان المشتري حسن النية ، فقد ملك المنقول بالحيازة ، ولا يستطيع الدائن أن يتبعه في يده ، وليس له إلا الرجوع بحقه على بقية أموال التركة التي لا تزال في يد الوارث . فإن لم يجد شيئاً يستوفي منه حقه ، رجع بثمن المنقول على الوارث إذا كان حسن النية ، أو رجع عليه بالتعريض إذا كان سيئ النية أي يعلم قبل أن يبيع المنقول أن على التركة ديناً لم يسدد .

١٩٤ — تصرف الوارث في أهلية التركة المدينة التي خضعت لنظام

التصفية : وقد تخضع التركة المدينة لنظام التصفية . ونبادر إلى القول إن كل تركة لا تخضع حتماً لهذا النظام ، بل إن الكثرة الغالبة من التركات لا تخضع له ، لما فيه من إجراءات طويلة ومصروفات كثيرة ، مما يجعل النظام غير صالح إلا للترددات الكبيرة الكثيرة الديون . ومن ثم جعل طلب إخضاع التركة لنظام التصفية رخصة لأى من ذوى الشأن — الدائن أو الموصى له أو الوارث — على أن يخضع هذا الطلب لتقدير القاضى ، فإن لم يرموجباً لذلك رفض إخضاع التركة لهذا النظام (١) . وهذا كله إذا لم يعين المورث نفسه وصياً لتركته . فإن عين وصياً للتركة ، وأقر القاضى هذا التعيين ، فإنه يسرى على وصى التركة ما يسرى على المصطفى من أحكام (م ٨٧٨ مدنى) . وهذا ما تنص عليه المادة ٨٧٦ مدنى فى خصوص جواز إخضاع التركة لنظام التصفية : « إذا لم يعين المورث وصياً لتركته ، وطلب أحد ذوى الشأن تعيين مصف لها ، عينت المحكمة ، إذا رأت موجباً لذلك ، من تجمع الورثة على اختياره . فإن لم تجمع الورثة على أحد ، تولى القاضى

(١) ونرى من ذلك أن ما يورثه الأب — محمد أبو رهره ، فى كتابه أحكام التركات والموارث (ص ٦٤ — ص ٧٤) ، من الانتقاد لنظام التصفية ، لما يتضمنه من مصروفات كثيرة وإجراءات طويلة ، لا محل له . فهو ليس بنظام إجبارى ، بل هو ليس بنظام اختيارى يجوز لذوى الشأن تطبيقه متى شاءوا . وإنما هو نظام وضع لتصفية التركات الكبيرة إذا انفلتها الديون وتعقدت شؤنها ، فالنظام ملائم كل الملاءمة لمثل هذه التركات . والقاضى وحده هو الذى يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب إخضاع التركة لنظام التصفية ، وهو لا يستجيب لهذا الطلب إلا إذا وجد من ظروف التركة ما يبرر ذلك (انظر من هذا رأى الأستاذ محمد كامل مرسى فى المحرق المبنية الأصلية جزء ٥ ص ١٥٩ هامش رقم ١) .

اختيار المصنى ، هل أن يكون بقدر المستطاع من بين الورثة ، وذلك بعد سماع أقول هؤلاء .

فاذا خضعت التركة للتصفية ، قام مقام تأشير الدائن بدينه على النحو الذى بيناه فيما تقدم قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى . وقد نصت المادة ٨٧٩ مدنى فى هذا الصدد على ما يأتى : ١ - على كاتب المحكمة أن يقيد يوماً فيوما الأوامر الصادرة بتعيين المصنى وبثبيت أوصياء التركة فى سجل عام تدون فيه أسماء المورثة بحسب الأوضاع المقررة للفهارس الأبجدية . ويجب أن يؤشر فى هامش السجل بكل أمر يصدر لغزل ، وبكل ما يقع من تنازل . ٢ - ويكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصنى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة ما للتأشير المنصوص عليه فى المادة ٩١٤ . فأتى نصرف يصدر من الوارث ، إذا قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى فى خلال سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، لا يكون نافذاً فى حق دائنى التركة ، ولهذا أن يتبعوا العقار المبيع فى يد المشتري على النحو الذى بيناه تفصيلاً فى حاشية الدائن بدينه فى خلال السنة . أما إذا قيد الأمر المذكور بعد انقضاء سنة من تاريخ شهر حق الإرث ، فالعبرة بالأسبقية فى الشهر كما سبق القول . وكذلك للدائنين تتبع منقولات التركة التى يبيعها الورثة قبل سداد الديون ، ما لم يكن المشتري حسن النية على التفصيل الذى أوردناه فيما تقدم . بل إن الوارث إذا صرف غشاً فى شيء من مال التركة الخاضعة لنظام التصفية ، عوقب بعقوبة التبديد كما سرى .

على أن نظام التصفية ذاته يقضى بغل يد الورثة عن التصرف فى أعيان التركة ، ويجعل سداد ديون التركة عن طريق إجراءات جماعية كما سبق القول . فيقوم المصنى ، كما قدمنا ، بمجرد أموال التركة ، وحصر الديون التى عليها ، وسدادها وتوزيع مابقى بعد السداد على الموصى لهم والورثة . ولا يجوز من وقت قيد الأمر الصادر بتعيين المصنى أن يتخذ الدائنون أى إجراء ، كما لا يجوز لهم أن يستمروا فى أى إجراء اتخذوه ، إلا فى مواجهة المصنى (م ٨٨٣ / ١ مدنى) . ولا يجوز للوارث ، قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث ، أن يتصرف فى مال التركة ، كما لا يجوز له أن يستوفى ما للتركة من ديون أو أن يجعل ديناً عليه قصاصاً بدين للتركة (م ٨٨٤ منه) . وعلى المصنى أن يكلف دائى التركة

ومدينها أن يقدموا بياناً بمآلهم من حقوق وما عليهم من ديون ، وأن يودع
 قلم كتاب المحكمة خلال أربعة أشهر من يوم تعيينه قائمة تبين ما للتركة وما عليها
 ونشتمل على تقدير لقيمة هذه الأموال (م ٨٨٦ - ٨٨٧ مدني) . وبما يقب
 بعقوبة التبديد كل من استولى غشاً على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثاً
 (م ٨٨٩ مدني) . ثم نصت المنازعات في صحة الجرد ، ولو عن طريق دعاوى
 أمام المحاكم المختصة ، ويقوم المصنف بعد ذلك برفاء ديون التركة . ولكن عليه
 في حالة إعمار التركة أو احتمال إعمارها ، أن يقف تسوية أي دين حتى يفصل
 عنها في جميع المنازعات المتعلقة بديون التركة (م ٨٩٢ مدني) . ويجوز للمحكمة
 بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل الذي على التركة بشروط
 معينة ، فإذا لم يقض بحلول الأجل تتولى المحكمة توزيع الديون المؤجلة وتوزيع
 أموال التركة بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ومن جملة أموالها
 بما يكون في نتيجته معادلاً لصافي حصته في الإرث . وترتب المحكمة لكل دائن
 من دائني التركة تأمينا كافياً على عقار أو منقول ، على أن تحتفظ لمن كان له
 تأمين خاص بنفس هذا التأمين . فإن استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان
 تكبيل بقدومه الورثة من مآلهم الخاص أو بالاتفاق على أية تسوية أخرى ، رتبت
 المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها (م ٨٩٥ / ٢٠١ مدني) . وبعد تسوية
 الديون على هذا النحو ، إذا ظهر دائن للتركة لم يستوف حقه لعدم ذكره في
 قائمة الجرد ولم تكن له تأمينات على أموال التركة ، لم يجز لهذا الدائن أن يرجع
 على من كسب حسن به حقاً عينياً على أموال التركة ، وإلا له الرجوع على
 الورثة بسبب إثراتهم (م ٨٩٧ مدني) .

وبعد أن يقوم المصنف بتنفيذ التزامات التركة من تجهيز الميت ومداد الديون
 والتكاليف والوصايا وغير ذلك (١) ، يخلص ما بقي من المال للورثة كل بحسب
 نصيبه الشرعي ، ويسلم المصنف لهم ما آل إليهم من هذه الأموال (م ٨٩٩ -

(١) ويدخل ، لتنفيذ الديون والوصايا ، في مال التركة نماؤها . ويتفق هذا مع رأى
 الكثيرين من المناطقة فهم يجعلون التركة ملكاً للورثة بمجرد موت المورث ويجعلون الديون مع
 ذلك متلفة بنائها لتعلمها بأصل التمام (الأستاذ على الخفيف في المقال المشار إليه ص ٢٢٠ -
 الأستاذ محمد أبو زهرة في أحكام التركات والموارث ص ٢٧) .

٩٠٠ مدني) . وتسلم المحكمة إلى كل وارث يقدم إعلاماً شرعياً أو مايقوم مقام هذا الإعلام شهادة تقرر حقه في الإرث ، وتبين مقدار نصيبه منه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة (م ٩٠١ مدني) . وهذه الشهادة هي التي يسجلها ، فيشهر بذلك انتقال المال الموروث إليه . وهي تبيح له من وقت تسلمها التصرف في هذه الأموال ، كما سبق القول . على أنه يجوز للورثة ، بمجرد انقضاء الميعاد المقرر للمنازعات المتعلقة بالجرد ، المطالبة بأن يتسلموا بصفة مؤقتة الأبناء أو النفود التي يحتاج لها في تصفية التركة ، أو أن يتسلموا بعضاً منها ، وذلك مقابل كفالة أو بدون تقديمها (م ٩٠٠ مدني) . وغنى عن البيان أن الوارث الذي يتسلم شيئاً من ذلك يكون له حق التصرف فيه ، ولو قبل أن يتسلم شهادة التوريث .

§ ٥ - بيع المحجوز عليه والممسوح

١٩٥ - **بيع المحجوز عليه** : يبدأ التنفيذ على عقار المدين بإعلان التنبيه بنزع ملكية العقار إلى المدين (م ٦١٠ مرافعات) . ويجب تسجيل التنبيه قبل انقضاء ستين يوماً على إعلانه وإلا اعتبر كأن لم يكن ، ولا يجوز تسجيله قبل مضي خمسة عشر يوماً على إعلانه (٦١٣ مرافعات) . ويترتب على تسجيل التنبيه اعتبار العقار محجوزاً ، ويسقط هذا التسجيل ويحصل شطبه بمجرد طلبه بعريضة تقدم إلى مكتب الشهر إذا لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بإيداع ذممة شروط البيع أو صدور أمر قاضي البيوع بحد هذا الميعاد (٦٥١ مرافعات) .

فإذا ماتم تسجيل التنبيه على النحو المتقدم فاعتبر العقار محجوزاً ، لم يعد يجوز للمالك العقار المحجوز ، سواء كان هو المدين أو الحائز للعقار ، أن يبيعه . وبيع المالك العقار لا يكون نافذاً في حق الدائن الحاجز ولا في حق الراسي عليه المزايد ، إلا إذا كان البيع قد حصل تسجيله قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . فان سجل التنبيه قبل تسجيل البيع ، كان البيع غير نافذ في حق هؤلاء . وقد كان تقنين المرافعات الوطني السابق لا ينص صراحة على هذا الحكم وإن

نص عليه تقنين المرافعات المختلط (١) . فاختلف الرأي في تحديد الوقت الذي يمنع به المحجوز عليه من بيع عقاره أهو وقت تسجيل التنيه أم هو وقت البيع بالمزاد (٢) . ولكن تقنين المرافعات الجديد حسم هذا الخلاف ، ونص صراحة على منع المحجوز عليه من بيع العقار المحجوز من وقت تسجيل التنيه ، إذ نصت المادة ٦١٦ مرافعات هل أنه « لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ (الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنيه فأصبحوا طرفاً في الاجراءات) ولا الرامى عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنيه نزع الملكية . ومع ذلك ينفذ التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز المشار إليه إذا قام ذوو الشأن ، قبل اليوم المحدد للبيع ، بإبداع مبيع يكتفى للوفاء بأصل الديون والفوائد والمصاريف التي للحاجزين والدائنين المشار إليهم سواء حلت ديونهم أو لم تحل مع إعلانهم جميعاً بالإبداع ، وتكون هذه الألف مخصصة لوفاء ديون من ذكروا دون غيرهم من الدائنين . فإذا لم يحصل الإبداع قبل إيقاف البيع ، فلا يجوز لأى سبب منح ميعاد للقيام به » .

ويخلص من النص المتقدم أن بيع العقار المحجوز إذا لم يسجل قبل تسجيل تنيه نزع الملكية - فلا يكتفى إذن أن يكون البيع ثابت التاريخ قبل تسجيل التنيه - لا يكون نافذاً في حق الدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنيه والرامى عليه المزاد (٣) . فيستطيع هؤلاء أن يواصلوا إجراءات التنفيذ دون التفات لهذا البيع ، إذ هو غير صار في حقهم ، وللرامى عليه المزاد أن

(١) فكانت المادة ٦٠٨ من تقنين المرافعات المختلط تنص على أنه « لا يجوز للمدين من يوم تسجيل التنيه أن يتصرف في العقارات المذكورة في التنيه ، وإلا كان التصرف باطلاً من تلقاء نفسه وبلا حاجة إلى حكم بذلك » .

(٢) وكانت محكمة النقض تقضى بأن المدين يتقيد على حقه في التصرف في العقار حتى يباع عليه بالمزاد (نقض جنائي ١٩ مارس سنة ١٩٣٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص ١١٥ - نقض مدني ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨) .

(٣) ولكنه لا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، بل يكون يميماً صحيحاً نافذاً فيما بين البائع والمشتري .

يخلص بالعقار دون أن يحتج عليه بالبيع (١) . فإذا استوفى الدائنون حقوقهم من الثمن الذى رسا به المزاد ، وبقي فضل ، فهذا الفضل للمشتري ، لأن البيع لا يزال قائماً بينه وبين البائع . وللمشتري بعد ذلك أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ، كما أن له أن يفسخ البيع ، وذلك كله وفقاً للقواعد العامة . ونرى من ذلك أن عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين هنا هو تطبيق مبسط للدعوى البولصية ، فقد فرض القانون أن المشتري الذى سجل البيع بعد تسجيل التنبيه يعلم بالحجز وأنه متواطئ مع ملك العقار ، ومن ثم يكون البيع غير نافذ في حق الدائنين كما لا ينفذ تصرف المدين الذى وقع لإضراراً بحقوق الدائنين في الدعوى البولصية .

ويرتب على ما قدمناه أن بيع العقار المحجوز ، إذا سجل بعد تسجيل التنبيه ، ينفذ مع ذلك في حق الدائنين (٢) في الأحوال الآتية : (١) إذا قام المشتري قبل اليوم المحدد للبيع في المزاد بأبداع مبلغ يكفى للرفاء بأصل الدين والفوائد والمصروفات التى للدائنين الحاجزين والدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، وسواء حلت ديونهم أو لم تحل ، مع إعلانهم جميعاً بالإبداع . وهذا ما تنص عليه صراحة المادة ٦١٦ مرافعات السالفة الذكر . (٢) إذا نزل الدائنون الحاجزون والدائنون المقيدة حقوقهم عن الإجراءات التى اتخذت ، بأن وجدوا مثلاً أن المشتري قد اشترى العقار بثمن لا يؤملون أن يحصلوا على أكثر منه لو بيع العقار في المزاد . وفي هذه الحالة يستوفون حقوقهم من هذا الثمن بالاتفاق مع المشتري والبائع (٣) . (٣) إذا سقط التسجيل بأن لم يعقبه خلال المائتين والأربعين يوماً التالية له التأشير على هامشه بما يفيد الإخبار بأبداع

(١) الأستاذ رمزي سيف في قواعد تنفيذ الأحكام والمقود الرسمية في قانون المرافعات الجديد سنة ١٩٥٠ فقرة ٣٤١ وما بعدها — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٨٧ — فقرة ٢٨٨ .

(٢) ويبقى بطبيعة الحال قائماً فيما بين المشتري وأبائع ، دون أن يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق أو بدعوى الفسخ .

(٣) ولا يجوز للمشتري أن يجبر الدائنين على قبول الثمن الذى اشترى به العقار ، ولو كان ثمن المثل أو أكمله إل ثمن المثل — فهذا الإيجاب لا يكون إلا بنص كنصر المادة ٢٥٨ منقلاً بالنسبة إلى المشتري من المدين المعسر كما سنرى — بخلاف أن يحصل الدائنون على ثمن أكبر من ثمن المثل إذا بيع العقار في المزاد .

قائمة شروط البيع أو صدور أمر قاضى البيع عمده هذا الميعاد (م ٦١٥ مرافعات
السالفة الذكر) .

١٩٦ - بيع المعسر : من أهم مزايا شهر إعسار المدين عدم نفاذ
تصرفات المدين فى ماله (١) . فالبيع الذى يصدر من المدين المعسر بعد تاريخ
تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يسرى فى حق الدائنين ، وذلك دون حاجة
إلى إثبات إعسار المدين فهو ثابت بحكم شهر الإعسار ، ودون حاجة إلى إثبات
سوء نية المدين أو سوء نية المشتري . وقد نصت المادة ٢٥٧ مدنى صراحة
على هذا الحكم ، إذ تقول : « متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى
فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه
أو يزيد فى التزاماته ، كما لا يسرى فى حتمهم أى وفاء يقوم به المدين » .
ويلاحظ أن النص هنا لم يشترط ، ليكون البيع نافذاً فى حق الدائنين ،
أن يكون مسجلاً قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فبكنى أن يكون البيع
ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة الدعوى لينفذ فى حق الدائنين ، ولو سجل
بعد تسجيل هذه الصحيفة . وهذا بخلاف ما رأيه فى البيع الصادر من المحجوز
عليه ، فإنه يجب أن يكون مسجلاً قبل تسجيل التنبية ليكون نافذاً فى حق
الدائنين .

والبيع الصادر بعد تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا يكون باطلاً أو قابلاً
للإبطال ، بل هو بيع صحيح نافذ فيما بين البائع والمشتري . ولكنه لا ينفذ
فى حق الدائنين ، شأنه شأن البيع الصادر من المحجوز عليه فيما قلنا . فللدائنين
أن ينفذوا على العين المبيعة ، ويرجع المشتري على المدين بضمان الاستحقاق
أو بدعوى الفسخ ، وإن كان هذا الرجوع لا يجدى إذ المفروض أن المدين
معسر . وإذا ترك الدائنون العين دون أن ينفذوا عليها ، بقيت فى ملك المشتري ،
لأن البيع لا يزال قائماً كما قلنا . وإذا انتهت حالة الإعسار بسبب من أسباب
انتهائه ، بقى التصرف غير نافذ فى حق الدائنين ، ولكنه يبقى أيضاً قائماً ما بين
المدين والمشتري .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٧٠٨ .

على أن البيع ينفذ في حق الدائنين إذا كان بثمن المثل أو أكمل إلى ثمن المثل ، وأودع الثمن كله بما في ذلك نكته ثمن المثل في خزانة المحكمة على ذمة الدائنين . وقد نصت المادة ٢٥٨ مدني على هذا الحكم ، إذ تقول ١١ - يجوز للمدين أن يتصرف في ماله ، ولو بغير رضا الدائنين ، على أن يكون ذلك بثمن المثل ، وأن يقوم المشتري بإبداع الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع . ٢ - فإذا كان الثمن الذي بيع به المال أقل من ثمن المثل ، كان التصرف غير صار في حق الدائنين ، إلا إذا أودع المشتري فوق الثمن الذي اشترى به ما ينقص من ثمن المثل (١)

٦٩ - بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي

١٩٧ - المسائل التي يثيرها قانونه الاصريح الزراعي بالنسبة

إلى بيع الأراضي الزراعية : لا تعرض هنا إلى قانون الإصلاح الزراعي (٢) إلا في بعض المسائل الهامة التي يثيرها هذا القانون بالنسبة إلى بيع الأراضي الزراعية ، لأسباب ما كان من هذه الأحكام ذا أثر دائم . فترك الأحكام الخاصة باستيلاء الحكومة في خلال الخمس السنوات التالية لتاريخ العمل بهذا القانون على ملكية ما يتجاوز مائتي الفدان التي يستبقها المالك لنفسه وما يتجمع حولها من مسائل متعددة ، وترك الأحكام الخاصة بالتعويض الذي تدفعه الحكومة لملاك الأراضي الزراعية في مقابل الاستيلاء على أراضيهم ، والأحكام الخاصة بتوزيع الأراضي المستولى عليها على صغار الفلاحين وتقدير أثمانها وكيفية دفع الثمن ، والأحكام الخاصة بجمعيات التعاون الزراعي ، فكل هذه تخرج عن نطاق البحث في عقد البيع فوق أنها أحكام تنسم كثيراً أو قليلاً بالوقنية (٣) .

(١) ونظير هذا ما نصت عليه المادة ٢٤١ مدني في الدعوى الوصلية من أنه إذا كان من تلقى حقاً من المدين المصروف لم يدفع ثمنه ، فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل ، وقام بإبداعه خزانة المحكمة .

(٢) المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ الصادر في ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢

(٣) انظر في ذلك أحكام الإصلاح الزراعي للأستاذ عثمان حين عبده . وشرح قانون الإصلاح الزراعي للأستاذ محمد علي عرفة والبيع . للأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٩٠ - فقرة ٢٠٤ .

ونقتصر هنا على بحث المسألتين الآتيتين ، وهما ذاتنا صفة دائمة وتدخلان في نطاق عقد البيع : (١) القاعدة الأساسية التي وضعها قانون الإصلاح الزراعي من عدم جواز امتلاك الشخص لأكثر من مائتي فدان ، وبطلان كل عقد يخالف هذا الحكم . (٢) الحد من تجزئة الأراضي الزراعية (١) .

١٩٨ - عدم جواز تملك أكثر من مائتي فدان : تنص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي على أنه لا يجوز لأي شخص أن يمتلك من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً ولا يجوز تسجيله (٢) . وتنص المادة ١٧ من هذا القانون على أنه يعاقب بالحبس كل من قام بعمل يكون من شأنه تعطيل أحكام المادة الأولى ، فضلاً

(١) أما تحديد حصة متاجر الأرض الزراعية بمالكها وحقوق العامل الزراعي ، فهذه أحكام دائمة هي ، ولكنها لا تدخل في نطاق عقد البيع ، ومكان بحثها هو عقد الإيجار وعقد العمل .

(٢) وتنص المادة الثانية على ما يأتي : « استثناء من حكم المادة (١) يجوز للشركات والجمعيات أن تملك أكثر من مائتي فدان في الأراضي التي تستصلحها لبيعها ، وذلك على الوجه المبين في القوانين والتراتج . (ب) ويجوز للأفراد أن يملكوا أكثر من مائتي فدان من الأراضي البور والأراضي الصحراوية لاستصلاحها . ولا يسرى على هذه الأراضي حكم المادة الأولى إلا بعد انقضاء خمس وعشرين سنة من وقت التملك ، هذا مع عدم الإخلال بجواز التصرف فيها قبل انقضاء هذه المدة . (ج) ويجوز للشركات الصناعية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك مقداراً من الأراضي الزراعية يكون ضرورياً للاستغلال الصناعي ولو زاد على مائتي فدان . (د) ويجوز للجمعيات الزراعية العلمية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك مقداراً من الأراضي الزراعية يكون ضرورياً لتحقيق أغراضها ولو زاد على مائتي فدان . (هـ) ويجوز للجمعيات الخيرية الموجودة قبل صدور هذا القانون أن تملك من الأراضي الزراعية ما يزيد على مائتي فدان على ألا تتجاوز ما كانت تملكه قبل صدوره . ويجوز لها التصرف في القدر الزائد على مائتي فدان وفقاً لأحكام المادة ٤ ، ويكون للحكومة الاستيلاء على المساحة الزائدة لدى الجمعية خلال عشر سنوات على أن يؤدي إليها التعويض نقداً على أساس حكم المادة ٤ . (و) ويجوز أيضاً للدائن أن يملك أكثر من مائتي فدان إن كان سبب الزيادة هو فزع ملكية مدينه ورسم المزارع على الدائن طبقاً للمادة ٦٦٤ من قانون المرافعات ، ويجوز للحكومة بعد مضي سنة من تاريخ رسم المزارع أن تستول على الأطنان الزائدة على مائتي فدان بالنسبة التي رتبها المزارع أو نظير التعويض المحدد في المادة ٥ أيها أقل . وإل أن تخول الحكومة على الزيادة يجوز للدائن أن يتصرف فيها دون تقيد بشروط المادة ٤ . وكذلك يستثنى الوفاء » .

من مصادرة ثمن الأراضى الواجب الاستيلاء عليها . ويعاقب أيضاً بالحبس كل من يتعمد من مالكى الأراضى التى يتناولها حكم القانون أن يحط من معدنها أو يضعف تربتها أو يفسد ملحقاتها ، بقصد تفويت تمام الانتفاع بها وقت الاستيلاء عليها (١) .

ويخلص من هذه النصوص أنه لا يجوز لشخص أن يمتلك من أراضى مصر الزراعية أكثر من مائتى فدان أياً كانت درجة جودتها ، فالعبرة بعدد الأطنان لا بتربتها . فإذا كان شخص يملك - يوم نفاذ القانون وهو يوم ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ بل وقبل ذلك إلى يوم ٢٣ بولية سنة ١٩٥٢ إذ أنه لا يعتد بتصرفات المالك التى لم يثبت تاريخها قبل يوم ٢٣ بولية سنة ١٩٥٢ (م ٣) - أكثر من مائتى فدان ، استولت الحكومة على ملكية ما يجاوز مائتى الفدان التى يستبقها المالك لنفسه (م ٣) . وبعد ذلك لا يجوز للشخص ، وقد أصبح لا يملك أكثر من مائتى فدان ، أن يكسب بأى سبب من أسباب كسب الملكية أى أرض زراعية فوق مائتى الفدان إذا كان يملك هذا المقدار ، أو أى أرض زراعية تجعل ما يملكه أكثر من مائتى فدان إذا كان يملك أقل من هذا المقدار .

وهو يكسب من الأراضى الزراعية ما يزيد على النصاب إما بسبب إرادى من جهته وذلك بالعقد أو بالشفعة ، وإما بسبب غير إرادى من جهته أو بواقعة مادية وذلك بالميراث والوصية والتقادم .

١٩٩ - التملك بالميراث والوصية والتقادم : فإذا كان الشخص يملك مائتى فدان أو أقل ، ثم كسب ملكية أرض زراعية بعد ذلك بطريق الميراث أو الوصية أو التقادم ، فأصبح مجموع ما يملكه أكثر من مائتى فدان ، صح التملك ،

(١) ومن أهم أمثلة التعطيل أن يخفى المالك ما يملكه من أطنان تزيد على القدر المسوح باستلاكه : كأن يقدم إقراراً غير صحيح بما يملك ، أو كأن يصطنع عقوداً صورية بسمى من ورائها إلى التهرب من أحكام القانون . ومتى تكشفت الحقيقة استولت الحكومة على ما كان يجب الاستيلاء عليه من الأراضى الزراعية مع مصادرة ثمن هذه الأطنان فلا يدفع شيء للمالك ، ويعاقب هذا فضلاً عن ذلك بالحبس . وقد يعتمد بعض الملاك إلى إفساد الأرض التى تستولى عليها الحكومة ، فيخربها بالحط من معدنها أو بإضعاف تربتها أو بإتلاف ملحقاتها من هرب ومبان وزرايب ونحو ذلك حتى يفوت حل من يملكها من بعده كمال الانتفاع بها ، فهذا أيضاً يعاقب بالحبس .

لأنه تم إما بتصرف قانوني لا يعلق بإرادة المالك وهذه هي الوصية ، وإما بواقعة مادية لا تصرف قانوني وهذا هو الميراث أو التقادم . ولكن تستولى الحكومة ، بعد أن أصبح الشخص يمتلك أكثر من مائتي فدان ، على ما يزيد على هذا المقدار بالطرق والإجراءات التي نص عليها قانون الإصلاح الزراعي . وقد نصت المادة الثانية من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أن « كل شخص أصبحت مساحة الأطنان التي يملكها أو يضع اليد عليها تزيد على مائتي فدان بأي سبب ، كالميراث أو الوصية أو القسمة أو غير ذلك ، يلزم بتقديم الإقرار صالف الذكر (وهو إقرار يجهد للاستيلاء على ما يجاور مائتي الفدان) خلال شهرين من علمه بقيام سبب الملكية » (١) .

٢٠٠ - التملك بالعقر : أما إذا تملك الشخص بالعقد - والغالب أن يكون عقد بيع ولكن قد يكون عقداً آخر كالمقايضة (٢) والهبة - ما يجعل الأراضي الزراعية التي يملكها أكثر من مائتي فدان ، فالعقد باطل بطلاناً مطلقاً ولا يجوز لمصلحة الشهر أن تسجله ، كما هو صريح نص المادة الأولى من قانون الإصلاح الزراعي إذ تقول : « وكل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً ، ولا يجوز تسجيله » .

ولا عبرة في بطلان العقد بحسن نية البائع أو المشتري أو بسوء نيته ، فقد يكون أحدهما أو كلاهما حسن النية ويكون العقد مع ذلك باطلاً . على أن حسن نية المشتري هذا لا يمكن إلا أن يكون مقترناً بالإهمال ، فالمشتري مفروض فيه أنه يعرف مقدار ما يملك فإذا جهل ذلك كان هذا تقصيراً منه .

(١) وقد يقال إن الوصية لا تنفذ في حق الورثة فيما يجاوز مائتي الفدان ، قياساً على عدم نفاذها فيما يجاوز ثلث التركة . ولكن هذا الحل يخالف النص الصريح الوارد في المادة ٢ من اللائحة التنفيذية كما رأينا ، فوق أنه ينقص الوصية المستحقة للموصي له دون سبب تقرره الشريعة الإسلامية . فيجب إذن أن يؤول إلى الموصي له جميع المقدار الموصى به مادام لا يجاوز ثلث التركة ، وبعد ذلك تستولى الحكومة في مقابل تعريض يستحقه الموصي له على ما يزيد على مائتي الفدان . وبذلك يتحول الزائد من الوصية لمصلحة الموصي له كما هو الواجب ، لا لمصلحة الورثة .

(٢) نبيذ بدار مثلاً على أرض زراعية ، أو يقايض بقطعة أرض زراعية على قطعة أرض زراعية أكبر منها .

ويستوى في بطلان العقد أن يكون الشخص مالكا قبل العقد مائتي فدان فيكون ما ملكه بالعقد مقدارا زائداً على النصاب الجائز تملكه ، كما لو اشترى عشرين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائتي فدان ، أو أن يكون الشخص مالكا قبل العقد أقل من مائتي فدان ولكنه كسب بالعقد ما جعل مجموع ما يملكه أكثر من مائتي فدان ، كما لو اشترى أربعين فدانا وكان يملك قبل ذلك مائة وثمانين . وفي الحالة الثانية يكون البيع باطلاً في الأربعين فدانا كلها ، لا فيما يجاوز مائتي فدان فحسب وذلك لأن النص على البطلان عام لا يميز بين حالة وحالة ، فهو يقول : « كل عقد يترتب عليه مخالفة هذا الحكم يعتبر باطلاً » ، ولأن الصفقة لا تتحرزاً فلا يمكن جعلها صحيحة في عشرين فدانا في الشروع وباطلة في العشرين الأخرى وقد يتضرر من تجزئتها البائع أو المشتري .

والعقد الذي يعتبر باطلاً هو العقد الذي يصدر في تاريخ غير سابق على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ تاريخ نفاذ قانون الإصلاح الزراعي ، أو العقد غير الثابت التاريخ . أما العقود الثابتة التاريخ السابقة على ٩ من شهر سبتمبر سنة ١٩٥٢ فانها تكون صحيحة ويجوز تسجيلها ، إذ ليس لقانون الإصلاح الزراعي في هذه المسألة أثر رجعي (١) . فان كان من شأنها أن تجعل المالك يجاوز حد النصاب الجائز تملكه ، استولت الحكومة على ما يجاوز هذا الحد .

٢٠١ - التملك بالشفعة : ويبدو أن الشفعة تقاس على البيع فلا يجوز لشخص ان يأخذ بالشفعة أرضاً زراعية من شأنها أن تجعل مجموع ما يملكه من الأراضي الزراعية أكثر من مائتي فدان وهو لا يستطيع أن يحضى الصفقة بحيث يقتصر على الأخذ بالشفعة فيما لا يجعله يجاوز مائتي الفدان ، لأن تجزئة الصفقة غير جائزة في الشفعة . والشفعة تنطوي على واقعة مادية وتصرف قانوني ، وهذا التصرف القانوني - وهو إرادة الأخذ بالشفعة - سبب يتعلق بإرادة المالك ، فشأنه شأن البيع في عدم جواز التملك به لما يجاوز النصاب (٢) .

(١) الأستاذ عثمان حسين عبد الله في أحكام الإصلاح الزراعي ص ١١ .
(٢) أما الصلح فله شأن آخر ، فهو كاشف عن الملكية لا منشئ لها . فإذا صالح شخص آخر ، وكان من نتيجة هذا الصلح مثلاً أن أعطى الطرف الآخر داراً وأخذ منه خمسين فدانا =

٢٠٢ - المهر من تجزئة الأراضي الزراعية : تنص المادة ٢٣ من قانون

الصلاح الزراعي على أنه « إذا وقع ما يؤدي إلى تجزئة الأراضي الزراعية إلى خمس أفدنة ، سواء كان ذلك نتيجة للبيع أو المقايضة أو الميراث أو الوصية أو الهبة أو غير ذلك من طرق كسب الملكية ، وجب على ذوى الشأن أن ينفقوا على من تؤول إليه ملكية الأرض منهم . فإذا تعذر الاتفاق ، رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع في دائرتها أكثر العقارات قيمة ، بناء على طلب أحد ذوى الشأن أو النيابة العامة ، للفصل فيما يؤول إليه الأرض . فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بباقي الأنصبة ، قررت المحكمة بيع الأرض بطريق المزايدة . وتفصل المحكمة في الطلب بغير رسوم » . وتنص المادة ٢٤ على أن « تفضل المحكمة الجزئية ، في أيلولة الأرض غير القابلة للتجزئة ، من يحترف الزراعة من ذوى الشأن ، فإن تساوا في هذه الصفة اقترح بينهم . على أنه إذا كان سبب كسب الملكية الميراث ، ففضل من يشتغل بالزراعة من الورثة ، فإن تساوا في هذه النسبة قدم الزوج فالولد ، فإذا تعدد الأولاد اقترح بينهم » (١) .

والمفروض أن من يملك خمسة أفدنة أو أقل أو أكثر ، وباع جزءاً منها أو فاض عليه أو وهبه بحيث أصبح لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة ، وأصبح المشتري أو المقايض الآخر أو الموهوب له لا يملك هو أيضاً إلا أقل من خمسة أفدنة ، أو ورث المالك لسبعة أفدنة مثلاً عدد من الورثة بحيث أصبح نصيب كل منهم أقل من خمسة أفدنة ، أو أوصى المالك لسبعة أفدنة مثلاً بفدانين لشخص

فازاد بذلك مجموع ما يملكه على مائتي فدان ، فإن أثر الصلاح الكاشف يجعله مالكا لخمسين الفدان منذ البداية ثم تستولى الحكومة بعد ذلك على ما يجاوز النصاب .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يأتي : « إذا كانت الملكيات الكبيرة جداً غير مرغوب فيها ، فكذلك الملكيات الصغيرة جداً : فهي تهبط بإنتاج الأرض ، وتحرم أصحابها من مستوى المعيشة اللائق بالإنسان . ولذلك عالجنا المادتان ٢٣ و ٢٤ (الباب الثالث) مسألة تفنيت الملكية درأً لازدياد حصوله في المستقبل بسبب تزايد عدد السكان وتقسيم الأرض بالإرث وغيره من أسباب كسب الملكية . ولما كان قد روي أن أصغر ملكية لا ينبغي أن تقل في المستقبل عن خمسة أفدنة ، فقد نص على أنه إذا وقع ما يؤدي إلى تجزئة الملكية إلى أقل من هذا القدر ، وجبت أيلولة الأرض إلى واحد من لم نصيب فيها ، مع تفضيل من يشتغل منهم بالزراعة ، فإذا لم يستطع أيهم الوفاء بشئها بيعت بالمزاد العلني » .

وترك الباقي لعدد من الورثة بحيث أصبح كل من الموصى له والورثة لا يملك إلا أقل من خمسة أفدنة ، ففى كل هذه الصور تجزأت الأرض الزراعية إلى أجزاء يقل كل منها عن خمسة أفدنة .

فيجب فى هذه الحالة أن تتركز الأرض فى يد أحد هؤلاء الملاك بمن يقدر على دفع ثمن ما لا يملكه ، ويكون الاختيار باتفاق الجميع . فإذا لم يتفقوا ، جاز لأحد هؤلاء الملاك أو النيابة العامة رفع الأمر إلى المحكمة الجزئية الواقع فى دائرتها أكثر المقارنات قيمة ، لتختار من بين الملاك من تؤول إليه الأرض ويكون قادراً على دفع ثمن ما لا يملك . فإذا لم يوجد من يستطيع الوفاء بثمن باقى الأنصبة ، بيعت الأرض كلها بالمراد لتكون فى يد واحدة ولا تتجزأ ملكية الأرض الزراعية إلى أقل من خمسة أفدنة ، ويقسم الثمن على الملاك كل بقدر حصته . وعند اختيار المحكمة للمالك الذى تؤول إليه ملكية الأرض على النحو الذى أسلفناه ويتمدد الراغبون ، تفضل المحكمة من يحترف الزراعة فإن تعدد هؤلاء اقترعت بينهم . وإذا كان سبب التجزئة الميراث ، فضلت المحكمة من الورثة من يحترف الزراعة ، فإن تساوا كلهم أو بعضهم فى هذه الجهة ، فضل الزوج ، ثم الولد ، فإن تعدد الأولاد اقترعت بينهم .

وغنى عن البيان أن من يملك أرضاً زراعية قبل يوم ١ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، وكان ما يملك أقل من خمسة أفدنة ، يبقى مالكا للأرض بهذا المقدار . فإذا جد سبب للتجزئة ، ابتداء من يوم ٩ من سبتمبر سنة ١٩٥٢ ، وجب لإعمال القواعد المتقدمة الذكر .

المبحث الثانى

الثنى

٢٠٣ - الشروط الواجب توافرها فى الثمن : يجب أن يتوافر فى الثمن الشروط الآتية .

- أولاً - أن يكون نقوداً .
- ثانياً - أن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير .
- ثالثاً - أن يكون جديداً .

المطلب الأول

بأن يكون الثمن نقوداً

٢٠٤ - تميز البيع عن المقايضة بالثمن النقدي : يتميز البيع عن المقايضة بأن أحد المحلين المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقوداً وهو الثمن ، فإذا كان الثمن غير نقود فالتعد مقايضة .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٦٣ من المرسوم الممهد نص صراحة على هذا الشرط في البيع ، فكانت تقضى بأنه « يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد » . وقد حذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من تعريف البيع (١) . وقد عرف البيع فعلاً ، في المادة ٤١٨ مدني كما رأينا ، بأنه « عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

ولا يغني عن النقود شيء آخر في ثمن . حتى لو كان هذا الشيء الآخر من المثلّيات ، وحتى لو كان له سعر نقدي معروف في البورصة أو في الأسواق ، فتعين الثمن غللاً أو أقطاناً مسعرة في البورصة لا يجعل العقد بيعاً ، لأن الغلال وإن سهلت معرفة ما يعادلها من النقود بالرجوع إلى سعرها في البورصة لا تزال غير نقود ، فالتعد يكون مقايضة (٢) . بل تعين الثمن أسهماً أو سندات ، وهي عادة معروفة السعر في البورصة ، أو عينه مبادئ ذهبية ، لا يجعل العقد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠ - ص ٣١ - وانظر ما يلي فقرة ٢٠٦ من الماشر .

(٢) فلو أن شخصاً نقل إلى شخص آخر ملكية شيء لقاء خدمة يؤديها الشخص الآخر له ، لم يكن العقد بيعاً ، بل يكون عقداً غير مسمى (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٢٥) .

(٣) جيوار ١ فقرة ٩٢ - هيك ١٠ فقرة ٣٤ - بودري وسينيا فقرة ١٢٨ - بيدان ١١ فقرة ١١٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣١ - هكس ذلك : ديرانتون ١٦ فقرة ١٢٩ - ماركاديه ١٥٩١ .

بيعاً ، بل يكون العقد مقايضة كذلك (١) .

وإذا كان الثمن بعضه نقود وبعضه غير نقود ، فنظر إلى العنصر الغالب .
فإن كان هو النقود . كان العقد بيعاً . وإن كان هو البديل غير النقود ، كان
العقد مقايضة . وعند الشك يكون العقد مزدوجاً ، فهو بيع في حدود الثمن
النقدي ، ومقايضة في حدود البديل غير النقدي . فإذا اشترى شخص سيارة
جديدة بألف . بمائة ومع هذا المبلغ بارة قديمة كانت عند المشتري قومت
بثلثمائة ، كان العنصر الغالب هنا هو الثمن النقدي ، فالعقد بيع . وإذا أعطى
شخص داراً في مقابل عشرين فداناً ومعها ثلثمائة ، كان العنصر الغالب هو
البديل غير النقدي ، فالعقد مقايضة والثلثمائة معدل لها (soultic) . أما إذا
أعطى شخص داراً في مقابل خمسة فدادين ومئتي ألف ، فالعقد مزدوج ،
بيع في حدود الألف ومقايضة في حدود خمسة الفدادين (٢) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ - الأستاذ محمد كامل مرقس فقرة ٩٩ - الأستاذ
عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطفى
منصور فقرة ١٥ .

ولكن إذا حدد الثمن نقوداً فالعقد بيع ، حتى لو اشترط أن يدفع الثمن أسهماً أو أقطاناً
أو نحو ذلك بسمرها في البورصة ، فيكون المشتري قد باع بالثمن الذى في ذمته الأسهم أو الأقطان
المشترطة (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش رقم ٢٤) - كذلك يكون العقد بيعاً إذا حدد
الثمن نقوداً ثم حول المشتري للبائع حقاً له من النقود في ذمة أجنبى ، أو استوفى المشتري حقاً
له في ذمة البائع نفسه بمقابل هو الثمن الذى في ذمته (أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ vente
فقرة ٤٤٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣٣ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ - الأستاذ
محمد كامل مرقس فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ عبد المنعم
البدراوى فقرة ١٣٤) .

أما في الفقه الإسلامى فالبيع أوسع نطاقاً ، إذ أن له صوراً أربعا : (١) مبادلة عين بدين
وهذا هو البيع المطلق (٢) مبادلة عين بعين وهذه هي المتايضة (٣) مبادلة دين بعين وهذا هو
السلم (٤) مبادلة دين بدين وهذا هو الصرف .

(٢) أنسيكلوبيدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ٤٤١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠
فقرة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٣٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٥ - الأستاذ
محمد كامل مرقس فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٩ - الأستاذ جميل الشرقاوى
فقرة ٤ : ص ١٠٨ - ص ١٠٩ - الأستاذ عبد المنعم البدراوى فقرة ٥١ - الأستاذ منصور
مصطفى منصور فقرة ١٥ ص ٢٨ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زرك فقرة ١٠٤ =

٢٠٥ - يصح أنه يكون الثمن إيراداً مؤبداً أو مدى الحياة: ويكنى أن يكون الثمن نقوداً ، وليس من الضروري أن يكون رأس مال . فقد يكون الثمن إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة ، ما دام هذا الإيراد نقوداً (١) .

يصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن مقداراً معيناً من النقود ، وأن يتفقا في الوقت ذاته وفي نفس عقد البيع على تحويل هذا المقدار إلى إيراد مؤبد (rente perpétuelle) أو إلى إيراد مرتب للبائع مدى حياته (rente viagère) . كما يصح أن يتفق البائع والمشتري على أن يكون الثمن رأساً إيراداً مؤبداً أو إيراداً مرتباً مدى حياة البائع . ففي الحالتين لا يكون الإيراد المؤبد أو الإيراد المرتب مدى الحياة عقداً مستقلاً ، وإنما يكون ركناً في عقد البيع هو الثمن (٢) .

= وانظر أيضاً المادة ٨٣ مدني - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للمادة ٨٥ مدني ، وتشير المذكرة إلى المادة ٨٣ مدني وهي تجيز أن يكون في المقايضة معدل من النقود كمعدل نسبة ، ثم تقول : « على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو العنصر الغالب ، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً » (مجموعة الأعمال التفسيرية : ص ٢٣٨) .

(١) والصفة الاحتمالية ، فيما إذا كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة ، إنما تثبت لمقدار الثمن لا للثمن في ذاته (دي باح : مقبرة ٣٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى فترة ٩٥ ص ١٧٣) . (٢) وإذا كان الثمن إيراداً مؤبداً وأريد استبداله ، فإن كان هناك ثمن قدر في عقد البيع وحول في العقد نفسه إلى إيراد مؤبد ، كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذي كان قد قدر أولاً في عقد البيع ، إلا إذا اتفق على مبلغ أقل ، أما إذا كان المتبايعان قد اتفقا على أن يكون الثمن رأساً إيراداً مؤبداً ، فـرأس المال الواجب الرد يكون مبلغاً من النقود فائده محسوبة بالسعر القانوني مساوية للإيراد . وهذا الحكم مستفاد من المادة ٤٤٨ مدني وتنص على ما يأتي : « - إذا رتب الدحل مقابل مبلغ من النقود ، ثم الاستبدال برء المبلغ بتمامه ، أو برء مبلغ أقل منه إذا سبق على ذلك ، ٢ - وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائده محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل » . وانظر في هذا المعنى بودري وسينيا فقرة ١٢٨ مكررة .

وينبغي بعض الفقهاء إلى أنه إذا كان الثمن رأساً إيراداً مؤبداً أو إيراداً مؤقتاً ، فإنه يتحمل لا في أقطار الإيراد بل في حق الإيراد ذاته ، ومن ثم يكون العقد مقايضة (بيدان ١٢ فترة ١١٣ - الأستاذ سليمان مرقس فترة ٨٧) . ولكن هذا الرأي لم يصد في الفقه ولا في القضاء ، ولم يأخذه به المشرع المصري (انظر المادتين ٥٤٥ و ٧٤١ مدني - وانظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٥ . الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ١١٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٥) .

وسنبعث الإراد المؤبد والإيراد المرتب مدى الحياة في مكان آخر ، ويمكن أن نشير هنا إلى أن المادة ٧٤٣ مدني تقضي بأن عقد البيع الذي يكون الثمن فيه إيراداً مرتباً مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً . فالكتابة هنا ركن شكلي في البيع .

ولا يعتبر إيراداً نقدياً مرتباً مدى الحياة ، ومن ثم لا يصح أن يكون ثمناً ، أن يتفق شخص مع آخر على أن يعطيه داراً مثلاً في مقابل أن الآخر يعول الأول فيقدم له السكن والطعام والكسوة وما إلى ذلك من النفقة (bail à nourriture) . ذلك أن التزام الآخر بأن يعول الأول ليس محله نقوداً وإن أمكن تقديره بمبلغ من النقود ، وإنما هو التزام بعمل . بل إن العقد لا يكون هنا مقايضة ، لأن التزام كل من المتقاضين يجب أن يكون التزاماً بنقل ملكية أو حق عيني ، والالتزام هنا كما قدمنا التزام بعمل . فالعقد إذن ليس بيعاً ولا مقايضة ، وإنما هو عقد معاوضة غير مسمى ، يلتزم به أحد المتعاقدين بأن يعول المتعاقد الآخر في مقابل عرض يأخذه منه (١)

المطلب الثاني

يجب أن يكون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

٢٠٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٢٣ من التقنين المدني على ما يأتي .

١ - يجب أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد .

(١) لوران ٢٤ فقرة ٦٨ - جيوار ١ - فقرة ٩٥ هيك ١٠ فقرة ٣٤ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هاش ٢٣ - بودري وسبينا فقرة ١٢٨ ص ١٢٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٤ الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٩٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٥٨ - الأستاذ جميل الشرفاوي ص ١١٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٣٤ .

٢٥ - وإذا انفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب ، هند الشك ، أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيها تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية .

وتنص المادة ٤٢٤ على ما يأتي :

« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من الظروف أن المتعاقدين قد نويّا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما (١) » .

وليس لهذه النصوص مقابل في التقنين المدني السابق ، ولكن الأحكام كان معمولاً بها دون نص لانفاقها مع القواعد العامة (٢) .

وتقابل هذه النصوص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٣٩١ - ٣٩٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٢٣ : ورد هذا النص في المادة ١٢٣ هـ من المشروع التمهيدى ، وكان المشروع يتضمن فقرة تجرى على الوجه الآتى : « يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد » . فحذفت هذه الفقرة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من تعريف البيع الوارد في المادة ١٨ هـ مدنى ، وأدخلت تعديلات لفظية طفيفة على ما بقى من النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٣٦ في المشروع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٠ - ص ٣١) .

م ٤٢٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٤ هـ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٣٧ في المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢ - ص ٣٤) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدنى : « هذان فصان لا فظير لهما في التقنين الحال وهما وإن كان حكمهما تمكن استفادته من القواعد العامة ، يعالجان مسائل عملية يجدر أن تكون لها حلول تشريعية ، أنظر التقنين الألمانى م ٤٥٣ وتنين الالتزامات السويسرى م ٢١٢ فقرة أولى والتنين البولونى م ٢٩٦ والتنين البرازيلى م ١١٢٤ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢) .

٤١٢ - ٤١٣ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٢٦ - ٥٢٩ - وفي تقنين
المرجبات والمقود اللئاني المادة ٣٨٦ (١) .

٢٠٧ - تقدير الثمن أو قابليته للتقدير يجب أنه يكون بانفاق
مع المتبايعين : ولما كان الثمن هو أحد محلي البيع ، فيجب ، كما هو الأمر
في كل محل للالتزام ، أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين . وتعيين الثمن أو قابليته

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٩١ - ٢٩٢ (مطابقتان
للمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ
مصطفى الزرقا فقرة ٩٧ - فقرة ٧٩)
التقنين المدني الليبي م ٤١٢ - ٤١٣ (مطابقتان للمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين المدني
المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٢٦ : ١ - الثمن ما يكون بدلاً للمبيع ويتعلق بالذمة . ٢ - ويجوز
أن يكون الثمن معلوماً بأن يكون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة .
م ٥٢٧ : ١ - في البيع المطلق يجب أن يكون الثمن مقدراً بالنقد ، ويجوز أن يقتصر
التقدير على بيان الأسس التي يحدد الثمن بموجبها فيما بعد .

٢ - (هذه الفقرة مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ من التقنين المدني المصري) .
م ٥٢٨ (مطابقة للمادة ٤٢٣ من التقنين المدني المصري) .
م ٥٢٩ : ١ - زيادة المشتري في الثمن وتزويل البائع من الثمن أو زيادته في المبيع بعد العقد
يصح ، وتلتحق الزيادة والتزويل بأصل العقد . ٢ - وما زاده المشتري في الثمن يعتبر في حق
العاقدين لا في حق الشفع ، وما حظه البائع من الثمن يجعل الباقي بعد اخذ مقابلاً لكل المبيع حتى
في حق الشفع ، وما زاده البائع في المبيع يكون له حصة من الثمن . ٣ - والبائع أن يحيط بجميع
الثمن قبل القبض ، ولكن لا يلحق هذا الخط بأصل العقد . فلو أبرأ البائع المشتري من جميع
الثمن وأخذ الشفع المبيع ، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى . [وهذا النص لا نظير له في التقنين
المدني المصري ، وهو مأخوذ من الفقه الإسلامي ، ويتفق مع القواعد العامة] .

[ويلاحظ أن التقنين المدني العراقي أخذ في البيع بالمعنى الواسع الذي أخذ به الفقه الإسلامي ،
فأصبحت المقايضة فيه نوعاً من أنواع البيع ، أما البيع بشئ نقدي فسماء البيع المطلق : م ٥٢٧
عراقي - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١١١ - فقرة ١٢٣ -
الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٤٤ - فقرة ٢٩٢]

تقنين المرجبات والمقود اللئاني م ٣٨٦ : يجب أن يعين المتعاقدون ثمن المبيع . ويجوز أن
يفوض تعيين الثمن إلى شخص ثالث ، وفي هذه الحالة إذا امتنع أو عجز الشخص الثالث عن
تقدير الثمن فلا ينقذ البيع . [ولا فرق في هذه الأحكام بين التقنينين اللئاني والمصري] .
(م ٢ : ٢ - الوسيط ج ٤)

للتعيين يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتبايعين ، فلا يستقل به أحدهما دون الآخر . لا يستقل به البائع ، لأنه قد يشتط فيغن المشتري . ولا يستقل به المشتري ، لأنه قد يبخر الثمن فيغن البائع (١) . فلا بد إذن أن يكون تعيين الثمن أو قابليته للتعيين متفقاً عليه بين المتبايعين (٢) . ولا يكتفى في ذلك أن يبيع البائع الشيء بما يساويه من القيمة أو بضمن عادل ، لأن هذه القيمة أو هذا الثمن العادل هو الذي يجب أن يكون محل اتفاق بين المتبايعين ، والبيع على هذا النحو يكون باطلا لعدم تقدير الثمن (٣) . ولكن ليس من الضروري أن تكون القيمة مقسرة فعلاً باتفاق المتعاقدين ، بل يكتفى أن تكون قابلة للتقدير باتفاقهما ، كأثر متفقاً على أجنبي لتقدير الثمن (٤) وسيأتى بيان ذلك .

(١) وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا ترك تحديد الثمن لأحد المتعاقدين بشرط أن يكون الثمن عادلاً ، جاز أن يكون هذا ، تبعاً للظروف ، تحديداً كافياً . فإذا حدد المتعقد ثمناً غير عادل ، أو انتع عن التحديد ، أو أبطل فيه ، جاز للمتعاقد الآخر رفع الأمر للقضاء لتحديد الثمن العادل (الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ ص ١٢٨) . ولكن يؤخذ على هذا الرأي أن ما اتفق عليه المتعاقدان ليس في الواقع من الأمر إلا أن يكون الثمن عادلاً ، ولا يكتفى في تحديد الثمن ، كما سنرى ، بأن يقتصر المتعاقدان على التبايع بضمن عادل (الأستاذ منصور مصطنق منصور فقرة ٢٩ - وقارب الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧) .

(٢) على أن مقدار الثمن قد يكون مفروضاً على البائع ، كما في حالة التسعير الجبري وفي حالة تسعير المرافق العامة كالياه والغاز والنور وفي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة . وقد يشترط البائع بالجملة على البائع « بالقطاعي » سعراً معيناً يبيع به ولا يزيد عليه حتى تروج السلعة ، ويمكن القول في هذه الحالة إن البائع بالجملة قد اشترط لمصلحة المستهلك ، ولهذا أن يطالب البائع « بالتدريس » أن يكون الثمن هو هذا السعر المعلن (قارب : بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٣٧٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٨٥ - بيدان ١١ فقرة ١١٥ - أنيكلوبيدي واللوز ه لفظ vente فقرة ٧٠٨ - فقرة ٧٠٩) . وانظر في أن السعر الإلجباري للعملة له تأثير في فرض الثمن أنيكلوبيدي داسوز ه لفظ vente فقرة ٦٧٤ - فقرة ٦٩٦ - الأستاذ عبد المنعم البدرأوى فقرة ١٤٩ - فقرة ١٥١ - الأستاذ منصور مصطنق منصور فقرة ٣٣ .

(٣) أوبري ورو ه فقرة ٣٤٩ ص ١٨ - بودري وسينيا فقرة ١٣٢ ص ١٢٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٦ ص ٣٦ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٨٩ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١١٢ .

(٤) ولا يكون بيعاً المقدر الذي جعل فيه الثمن هو المقدار الذي يعرضه أجنبي على صاحب السلعة ، بل يكون هذا شرط تفضيل *pacte de préférence* يشترط فيه شخص على صاحب السلعة تفضيله على أجنبي يعرض في السلعة ثمناً يرتضيه صاحبها ، فيلتزم هذا الأخير بتفضيل =

٢٠٨ - قابلية الثمن للتقدير . الأسس التي يقوم عليها التقدير .
وليس من الضروري أن يكون الثمن مقدراً ، بل يكفي كما قدمنا أن يكون قابلاً للتقدير ، مادامت الأسس التي يقوم عليها تقديره متفقاً عليها بين المتبايعين (١) .

ويمكن تصور أسس مختلفة يقوم عليها تقدير الثمن . ذكر منها المشرع اثنين في المادتين ٤٢٣ و ٤٢٤ مدني السالفي الذكر ، ونضيف إليهما اثنين آخرين ، فنستعرض الأسس الأربعة الآتية : (١) أن يكون أساس تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع المبيع . (٢) أن يكون الأساس هو سعر السوق . (٣) أن يكون الأساس هو السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بين المتبايعين . (٤) أن يترك التقدير لأحني يتفق عليه المتعاقدان .

٢٠٩ - أساس التقدير الثمن الذي اشترى به البائع - المراجعة

والثبوت الاشتراكي والرضيعة : قد يتفق المتبايعان على أن يكون الأساس الذي يقوم عليه تقدير الثمن هو الثمن الذي اشترى به البائع . فيشترى المشتري بمثل ما اشترى البائع أو بأكثر أو بأقل (٢) . وفي هذه الحالة يكون الثمن الذي اشترى به البائع المبيع أمراً جوهرياً لا بد من التثبت منه حتى بقدر على أساسه الثمن الذي اشترى به المشتري المبيع من البائع . وعلى البائع أن يبين هذا الثمن ، وللمشتري

= الأول على الأجنبي في بيع السلعة له بالثمن الذي يبرعه الأجسي (بوردو ، سبينا فقرة ١٢٢ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٨ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٢) .
واشترط تعديل الثمن تبعاً لطاريء معين جائز ، ولكن إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الثمن في تاريخ قال لم ينعقد البيع إلا عند تحديد الثمن (دي باج ٤ فقرة ٢٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٢ ص ١٧٧ - ١٧٨) .

(١) بيدان ١١ فقرة ١١٥ - بلانيول وزيبير وبولابجيه ٢ فقرة ٢٢٨٩ - كولان وكايبشان ٢ فقرة ٨٧١ - جوسران ٢ فقرة ١٠٢٤ .

(٢) أو يجوز أن يكون الثمن هو ثمن التكلفة مع إضافة ربح معين ، أو متروك للأمن التي باع بها التاجر في وقت معين أو على أساس التسمية الرسمية (الأستاذ سليمان مرسى فقرة ٨٩ ص ١٢٧) .

أن يثبت أن الثمن الذي بينه البائع وزيد على الثمن الحقيقي وله أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات ومن بينها البيعة والقرائن (١) .

ولهذه الصور من البيع مكان خاص في الفقه الإسلامي ، ويطلق عليها فيه « بيعات الأمانة » ، وتشتمل على ٣ - أربع هي : بيع المراجعة وبيع التولية وبيع الإشراف وبيع الوضعية . وقد أخذها عن الفقه الإسلامي الثقنين المحدثين العراقي ، فنصت المادة ٥٣٠ من هذا الثقنين على أنه ١ - يجوز البيع مراجعة أو تولية أو إشراكاً أو وضعية . ٢ - والمراجعة بيع بمثل الثمن الأول الذي اشترى به البائع من زيادة ربح معلوم ، والتولية بيع بمثل الثمن الأول دون زيادة أو نقص ، والإشراف تولية بعض المبيع ببعض الثمن ، والوضعية بيع بمثل الثمن الأول مع نقصان مقدار معلوم منه . ٣ - ويلزم في هذه البيوع أن يكون الثمن الأول معلوماً تحرزاً عن الخيانة والتهمة .

وقد كتبنا عن هذه البيعات في الفقه الإسلامي ما يأتي (٢) : « حدد الفقه الإسلامي منطقة حراماً يفرض فيها على الناس الأمانة في التعامل إلى أبعد مدى ، ولا يسمح فيها بأي غش ، حتى ليجعل مجرد الكذب فيها خيانة وتديساً . وهذه هي ما تسمى ببيعات الأمانة . فيفسح فيها الفقه الإسلامي السبيل لمن قلت خبرته في التعامل ، أو في ضرب يقوم عليه من ضرره ، أن يتوفى غش الناس إياه ، بأن يتبايع معهم على حدود مرسومة ، فتعتبر مجاوزة هذه الحدود خديعة وتغريباً .. وجملة القول في بيعات الأمانة هذه أن المبتاع ، وهو يحتكم إلى ضمير البائع وبطمئن إلى أمانته ، يبتاع منه السلعة على أساس الثمن الذي اشترى به البائع نفسه هذه السلعة . فأما أن يزيد فيها قدرأ معلوماً من الربح يضاف إلى الثمن الأصلي ، ويسمى البيع مراجعة . وإما أن ينقصه قدرأ معلوماً بطرح من الثمن الأصلي ويحمل البائع فيه الخسارة ، ويسمى البيع وضعية . وإما ألا يزيد ولا ينقص ، بل يشترى السلعة بمثل ثمنها الأصلي ويسمى البيع تولية إذا أخذ المشتري كل السلعة ، أو

(١) ذلك أنه يثبت واقعة مادية ، إذ شراء البائع للمبيع بثمن معين يعتبر بالنسبة إلى المشتري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، فضلاً عن أن البيان الصادر من البائع بثمن أعلى من الثمن الحقيقي ينطوي على غش والنش يثبت بجميع الطرق .

(٢) أنظر مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦٧ .

إشراكاً إذا أخذ جزءاً منها بما يقابله من الثمن ... ولا يكتفى من البائع ببيان يحمل عن الثمن ، بل يجب عليه أن يبين ما أحاط الثمن من ملابسات وما اقترن به من أوصاف . فبين إن كان الثمن معجلاً أو نسيئة ، مؤجلاً أو مقطاً . ثم يبين إن كان قد دفع هذا الثمن نقداً أو بدين له على بائعه ، وإن كان بدين فهو دفعه عن طريق الماكسة والمساومة أو على سبيل الصلح . ثم يذكر إن كانت السلعة بقيت على حالها عنده بعد أن اشتراها أو هي تعيبت ، وما إذا كان العيب حادثاً بفعل منه أو بفعل الغير أو قضاء وقدر . كل هذه أوصاف وملابسات تؤثر في رضا المشتري بالعسفة ، والكذب فيها أو الانتقاص منها يجعل البيع مشوباً بالعثر والتدليس .

وغنى عن البيان أن الأمر في القانون المصري يتوقف على نية المتبرعين ، ومن قصدا التأسيس على الثمن الأول بكل ما أحاطه من ملابسات على النحو المتقدم الذكر ، وجب الاعتداد بهذه الملابسات ، ويترتب على ذلك أن البائع إذا كتم شيئاً منها كان هذا تدليساً وجرأ إبطال البيع (١) . وإن قصداً مجرد التأسيس على الثمن الأول دون نظر إلى هذه الملابسات ، وجب على المشتري قبول المبيع بمرسته التي اشتراها بها وأن يدفع الثمن الأول أو أقل أو أكثر حسب الاتفاق . وإن دفع للبائع ثمناً أكثر مما ارتضاه ، سواء كان ذلك بغش من البائع أو بدون غش منه ، كان له أن يرجع عليه بما دفعه زيادة على المقدار الذي ارتضاه (٢) ويجوز

(١) وقد نصت المادة ٢/١٢١ من التشريع المدني العراقي على أنه « يعتبر تعريضاً عدم البيان في عقود الأمانة التي يجب التحرز فيها عن الشهة والتدليس ، كالحياة في المراجعة والتولية والإشراك والوضيعة » .

(٢) وهذا هو قول أبي يوسف في المذهب الحنفي ، ويبدو أنه أكثر الأقوال انطباقاً على القواعد العامة في القانون المصري . وفي الفقه الإسلامي أقوال أخرى في المذهب الحنفي وفي غيره من المذاهب تتبين من النصوص الآتية :

جاء في الهداية (فتح القدير ٥ ص ٢٥٦) وهي من كت ، الفقه الحنفي : « وإن أطلع المشتري على خيانة في المراجعة ، مهر بالخيار عنه أبي حنيفة إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه ، وإن أطلع على خيانة في التولية أسقطها من الثمن . وقال أبو يوسف رحمه الله يخط فيهما . وقال محمد رحمه الله يخير فيهما . لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية لكونه معلوماً . والتولية والمراجعة ترويح وترغيب فيكون وصفاً مرغوباً فيه كوصف السلامة ، فيتخير بفواته . ولأبي يوسف رحمه الله أن الأصل فيه كونه تولية ومراجعة ، ولهذا يعتقد بقوله وليك بالثمن الأول أو بعنك =

شترى أن يرجع هل البائع بتعريض إذا وقع من البائع خسر أو تقصير في بيان الأول .

راجحة هل الثمن الأول إذا كان ذلك معلوماً ، فلا بد من البناء هل الأول وذلك بالخط ، غير أنه يحط في التولية قدر الحيانة من رأس المال وفي المراجعة منه ومن الربح . ولأبي حنيفة وجه أنه لو لم يحط في التولية لا تبقى توكية لأنه يزيد هل الثمن الأول فتعذر التصرف فتبين الخط ، وفي المراجعة لو لم يحط تبقى مراجعة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتعذر التصرف فأمكن القول بالتخير .

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٦٢ - ص ٢٦٤) وهي من كتب الفقه المالكي :
« لا يجوز الكذب في التعريف بالثمن . فإن كذب ثم اطلع المشتري هل الزيادة في الثمن ، فالمشتري مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو يردده ، إلا أن يشاء البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينورها من الربح فيلزمه الشراء . »

وجاء في المهذب (جزء أول ص ٢٨٨ - ص ٢٩٠) وهو من كتب فقه الشافعي : « ومن استرى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه ... وإذا ظهر أن رأس المال مائة وبيع هل ربح درهم في كل عشرة ، ثم قال أخطأت أو قامت البيعة أن الثمن كان تسعين ، فالبيع صحيح . . وأما الثمن الذي يأخذه به فقيه قولان : أحدهما أنه مائة وعشرة ، لأن المسمى في المقد مائة وعشرة ، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شيء كما لو باعه شيئاً بثمن فوجد به عيباً . والثاني أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح ، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية . ويخالف البيهقي ، فإن مائة الثمن هو المسمى في المقد وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح ، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة . فإن قلنا إن الثمن مائة وعشرة ، فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لأنه دخل هل أن يأخذ المبيع برأس المال وهذا أكثر من رأس المال فثبت له الخيار . »

وجاء في الشرح الكبير هل متن المقنع (جزء ١ ص ١٠٠ - ص ١٠٢) وهو من كتب الفقه الحنبل : « السادس خيار يثبت في التولية والشركة والمراجعة والمراضعة . . فإن باعه السلعة مراجعة ، مثل أن يخبره أن ثمنها مائة ويربح عشرة ، ثم علم بيعة أو إقرار أن ثمنها تسعون ، فالبيع صحيح ، لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع الصحة . والمشتري الرجوع هل البائع بما زاد في الثمن وهو عشرة وحظها من الربح وهو درهم ، فبقى هل المشتري تسعة وتسعون درهماً . وهذا قال الثوري وابن أبي ليل وهو أحد قول الشافعي . وقال أبو حنيفة بخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياساً على العيب . »

ويخلص من هذه النصوص أن قول أبي يوسف في الفقه الحنفي والقول الصحيح في فقه الشافعي والمختصر عليه في الفقه الحنبل ، هذه كلها تذهب إل أن المشتري يسترد من البائع ما دفعه زيادة هل ما ارتضاء من الثمن ، وهذا هو المتفق مع القواعد العامة في الفقه الفربي كما قلنا . وهناك أقوال أخرى في المذاهب المختلفة، أبرزها أن المشتري يكون بالخيار بين أن يستبق المبيع بكل =

ويخلص مما قدمناه أن ما يسمى ببيع الأمانة في الفقه الإسلامي حكمه في القانون المصري هو ما يأتي : إذا كتم البائع عن المشتري بعض الملاحظات الجوهرية للثمن ، كأن قال مثلاً إنه اشترى بمائة معجلة وكان الثمن مؤجلاً أو مقطاً ، كان هذا غشاً من البائع ، وجاز للمشتري إبطال البيع لتدليس وإذا لم يكتم البائع عن المشتري شيئاً من هذه الملاحظات الجوهرية ، ولكن أثبت المشتري أن الثمن الأول الذي ذكره البائع أعلى من الحقيقة ، كان البيع صحيحاً ، ولكن يحط من الثمن المقدار الزائد من رأس المال وما يناسبه من الربح إن كان البيع مرابحة ، أو المقدار الزائد من رأس المال فقط إن كان البيع تولية أو إشراكاً ، أو المقدار الزائد من المال وما يناسبه من الخفض إن كان البيع وضيعة . وهذا المقدار الزائد وما يتبعه يسترده المشتري من البائع إن كان قد دفعه ، ولا يلتزم بدفعه له إن لم يدفعه . وللمشتري في جميع الأحوال أن يرجع بتعويض على البائع إذا أثبت في جانبه غشاً أو نقصيراً (١) .

٢١٠ - أساس التفسير لسعر السوق : وقد ينتمى المتبايعان على أن

يكون الثمن هو سعر السوق . فهنا الثمن غير مقدر ، ولكنه قابل للتقدير ، ويمكن تقديره بالرجوع إلى سعر السوق . فان كان المتبايعان قد اتفقا على سوق في مكان معين وفي زمن معين ، كان سعر هذه السوق هو المعتبر . أما إذا اقتصر على ذكر سعر السوق دون أن يبيناً أية سوق ، فقد افترضت الفقرة الثانية من المادة

٥ الثمن أو أن يفسخ البيع . وإذا أخذنا بالقول الأول ، وكان البيع مرابحة ، كأن كان الثمن الأول مائة ويزيد عشرة مرابحة ، ثم يتبين أن الثمن الأول تسعون لأمائة ، وجب حط العشرة من رأس المال وما يناسب العشرة من الربح وهو واحد ، فيكون الثمن تسعة وتسعين . وإذا كان البيع تولية أو إشراكاً ، حططنا العشرة من رأس المال . وإذا كان البيع وضيعة ، كأن كان الثمن الأول مائة وينقص عشرة وضيعة ، ثم تبين أن الثمن الأول تسعون ، فإدام قد اشترى المائة تسعين ، ثم ظهر أن الذي اشتراه هو تسعون منه ، فإنه يشتري التسعين بواحد وثمانين .

أنظر في بیاعات الأمانة مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٢ ص ١٦٦ - ص ١٦١ ومراجع الفقه الإسلامي المذكورة فيه .

(١) قارن الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٢٠ - فقرة ١٢٢ .

٤٣٣ مدني ، كما رأينا ، أنهما قصدا «سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري» (١) . فإذا باع شخص غللا بسعر السوق ، وكان التسليم في شهر أكتوبر ، فالمفروض أن المتبايعين قد قصدا أن يكون الثمن مطابقاً لسعر الغلال في بورصة الاسكندرية في شهر أكتوبر . فإذا كان التسليم في كفر الزيات ، كانت السوق هي سوق كفر الزيات ، إذ لا يشترط أن تكون السوق بورصة (٢) . وإذا كان التسليم في قرية صغيرة ليس فيها سوق منظمة ، وجب الرجوع إلى المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية ، - يقضى العرف في هذه الحالة بأن تكون أسعار أقرب سوق هي الأسعار السارية . وهذا كله قد نصت عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٢٣ مدني ، كما رأينا إذ تقول : « وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق ، وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري . فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق ، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره هي السارية » . وهذا النص مأخوذ عن التقنين المدني الألماني (م ٤٥٣) وتقنين الالتزامات البولوني (م ٢٩٦) ، ويتضمن حكماً معقولاً يتفق مع القواعد العامة (٣) .

٢١١ - أساس التفسير لسعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى

على التعامل بين المتبايعين : وقد لا يحدد المتبايعان ثمناً للمبيع ، وسنرى أنهما إذا لم يحددا الثمن أصلاً كان البيع باطلاً لانعدام ركن من أركانه . ولكن قد يكون سكوتهما عن تحديد الثمن ينطوي تبعاً للظروف والملايسات التي أحاطت

(١) ومكان تسليم المبيع هو المكان المتفق عليه . فإن لم يوجد اتفاق فالمكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع إذا كان للمبيع مينا معينة بالذات ، وإلا فوطن البائع أو مركز أعماله وقت وجوب التسليم (م ٣٤٧ مدني) . وزمان التسليم هو الوقت المتفق عليه ، فإن لم يوجد اتفاق وجب التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع (م ١/٣٤٦ مدني) .

وإذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، كان مكان التسليم هو المكان الذي يصل فيه المبيع إلى المشتري (م ٤٣٦) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٢ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٣٠ ص ٥٥

(وإذا تعددت أسعار اليوم في البورصة ، فالسعر المتوسط) .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٢ -

ص ٣٢ . وانظر م ١/٢١٢ من تقنين الالتزامات السويسري .

التعاقد، على اتفاق ضمنى على أن يترك تحديد الثمن إلى السعر المتداول في التجارة .
فهنا أيضاً يكون الثمن قابلاً للتقدير ، بالرغم من أن المتبايعين لم يقدراه . ويرجع
في تقديره إلى سعر السلعة المتداول بين التجار ، سواء كان هذا السعر هو سعر
البورصة أو سعر الأسواق المحلية في مكان تسل المبيع أو غيره من الأماكن .
والعبرة هنا ليست بقيمة المبيع في ذاته ، بل بسعره المتداول في الأسواق ، سواء
كان هذا السعر أقل أو أكثر من قيمة المبيع الحقيقية (١) . وإذا لم يتبين للقاضي في
وضوح السعر المتداول في الأسواق ، كان له أن يلجأ في تينه إلى خبير
من التجار .

وقد يظهر من الظروف والملازمات أن المتبايعين قد اتفقا اتفاقاً ضمنياً على
أن يكون الثمن هو السعر الذى جرى عليه التعامل بينهما ، فيرجع إلى هذا السعر
في تحديد الثمن . فإذا كان بين المتبايعين سابق تعامل ، بأن كان أحدهما قد اعتاد
أن يورد للآخر سلعة معينة بسعر معين أو بسعر يتغير بتغير أسعار السوق ،
فاستمرار الأول في توريد السلعة للآخر دون ذكر الثمن يكون معناه أنهما
متفقان ضمناً على أن يكون الثمن هو هذا السعر المعين أو السعر المتغير الذى
جرى عليه التعامل بينهما .

وهذا كله قد نصت عليه صراحة المادة ٤٢٤ مدنى ، كما رأينا ، إذ تقول :
« إذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للمبيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين

(١) ويعرف الفقه الإسلامى بيع الاسترسال ، وفيه يتأمن المشتري - ويكون عادة
لا دراية له بالأسواق أو بالسلعة التى يشتريها - البائع فيشتري منه السلعة بما تباع به الناس
أى بالسعر المتداول في التجارة . وقد كتبنا عن هذا البيع فى الفقه الإسلامى ما يأتى : « وإلى
جانب بياعات الأمانة - وفى نفس المنطقة التى تسود فيها نزاعة التعامل - يعرف الفقه المالكى
والفقه الحنبلية بيعاً آخر هو بيع المسترسل أو المتأمن . وفيه يكشف التعاقد عن خيئة نفسه ،
ويبين أنه لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل ، وأنه يتأمن التعامل معه ويستنصحه
ويسترسل إلى نصحه ، وبطلب إليه أن يبيع منه أو يشتري بما تباع به الناس أو تشتري .
فالأساس هنا ليس هو الثمن الأصلى كما فى بياعات الأمانة ، بل هو سعر السوق . فإذا لم يصلقه
المتعامل معه ، ولم يكشف له عن حقيقة سعر السوق ، بل كذب عليه فى ذلك وغبنه ، فإن هذا
الكذب وحده يعتبر غشاً وتديلاً يوجب للعائد خيار الرد » (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى
للمؤلف جزء ٢ ص ١٧٥ - وانظر الخطاب جزء ٤ ص ٤٧٠ - والشرح الكبير للرددير
« أمش السوى جزء ٢ ص ١٤١ ص ١٤٢ - والشرح الكبير على متن المقنع جزء ٤ ص ٧٩) .

و الظروف أن المتعاقدين قد نوباً اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما» (١).

٢١٢ - ترك التقدير لأجنبي بنفس عليه المتبايعان: وقد يترك المتبايعان

تحديد الثمن لأجنبي يتفقان عليه عند البيع (٢) ، فيصح ذلك ، لأن الثمن هنا وإن لم يقدره المتبايعان إلا أنهما جعلاه قابلاً للتقدير . وما يقدره الأجنبي ثماً للمبيع ملزم لكل من البائع والمشتري ويكون هو الثمن ، لأن الأجنبي مفروض من المتبايعين في تحديد الثمن ، فهو وكيل عنهما في ذلك ويسرى تقديره في

(١) وهذا النص هو الحل الذي أورده تقنين الالتزامات البولوني في المادة ٢٩٨ منه ، وهو حل يتفق مع القواعد العامة (المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢) .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه قد جرت العادة في سوق القطن أن يباع القطن أو البكرة بسعر يحدده البائع فيما بعد في ميّاد يعلن به المشتري ، فيقطع السعر يوم الاعلان . أسعار الكونترانات أو بحسب السعر الجارى الحل ، ويخصم من الثمن الذى يحدد على هذا النحو ما عى أن يكون المشتري قد سجله يوم البيع (١٣ يناير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٠١) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان الثمن يحدد بسعر البورصة في اليوم الذى يبيته المشتري ، ثم أفلت البورصة بقرار من الحكومة فأصبح متعذراً تحديد الثمن ، فإذا لم يتفق المتبايعان على طريقة أخرى لتحديد الثمن لم يجوز للمحكمة أن تتولى هي نفسها هذا التحديد ولو بطريق قريب من سعر البورصة ، وبسقط البيع لعدم تحديد الثمن (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٧) . وقضت بأن حق البائع في تحديد الثمن بعد المياد الأخير لتسليم آخر دفعة من القطن لا يجوز استعماله قبل أن يسلم البائع القطن المبيع للمشتري (٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٧) - وأنظر أيضاً في تحديد سعر القطن حسب سعر البورصة في يوم يحدده البائع أو المشتري : استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٤ ص ٩٢٦ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٠٧ - ٨ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٤٦ - ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٤ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٩ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٨٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٦٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٣٤٩ (بذرة القطن) - ١٢ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤٧٥ .

(٢) ويسر أن يتفق المتبايعان على أكثر من واحد بفروضان لم أن يحددا الثمن باتفاقهم أو بأغليتهم (بودرى وسينيا فقرة ١٢٤) .

حقهما (١) . والبيع يعتبر قد تم ، لا من وقت تقدير المفوض للثمن فحسب ، بل من وقت اتفاق المتبايعين على المفوض ففي هذا الوقت كان البيع مستكملاً لجميع عناصره ومنها الثمن إذ كان قابلاً للتقدير كما سبق القول . ويعتبر تقدير

(١) كما يرى نصرف الوكيل في حق الموكل ، ويكون المتبايعان كأنهما هما اللذان قدرا الثمن ، وذلك كله طبقاً لأحكام الوكالة . فالثمن الذي يقدره المفوض ملزم للمتبايعين ، لا يستطيع البائع أن يحتج بأنه بخس ولا المشتري بأنه مبالغ فيه . ولكن يجوز للظن في التقدير إذا وقع تدليس على المدس من أحد المتبايعين أو من الغير . ونرى من ذلك أن الأجنبي الذي يكل إليه المتبايعان تحديد الثمن لا يعتبر خبيراً (expert) لأن رأى الخبير غير ملزم ، ولا يعتبر حكماً (arbitre) لأن الحكم يفترض قيام نزاع أو نزاع بين المتبايعين فهما متفقان على أن يكتلا تقدير الثمن لأجنبي . وإنما الأجنبي وكيل عن المتبايعين معاً ، مفوض منهما في تقدير الثمن ، فلائى منهما أن يحتج بما يقع فيه الوكيل من غلط أو تدليس أو إكراه (بودرى وسبينا فقرة ١٤٠ مكررة - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٧ - فقرة ٣٨ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٨٠) . وإذا عين المفوض باتفاق المتبايعين ، لم يجوز لأحدهما أن يستغل بعزله ، بل لا بد في عزله من اتفاقهما معاً كما هو الأمر في تعيينه . فإذا اتفقا على عزله قبل أن يقدر الثمن ، لم يعد يجوز له أن يقدره . ويجوز للمتبايعين أن يتفقا على مفوض آخر لتقدير الثمن ، ويجوز لهما أن يتفقا مباشرة على الثمن ، ولكن البيع لا يعتبر تاماً إلا من وقت اتفاقهما على الثمن ، أو من وقت اتفاقهما على تعيين المفوض الآخر ويكون البيع في هذه الحالة موقوفاً على تقدير المفوض الجديد للثمن (بودرى وسبينا فقرة ١٣٦) .

وقد اعترض الأستاذ سليمان مرقس (فقرة ٩١ - ص ١٣١) على أن يكون المفوض وكيلاً بما يأتي : (٢) لا يجوز أن يكون شخص واحد نائباً عن طرفي المند . ويرد على هذا الاعتراض بأن هذا يجوز بإجارة لاحقة ، وهنا يوجد ما هو أقوى من الإحارة اللاحقة فالمتبايعان أقرا معاً أن يقوم المفوض بتقدير الثمن . (٢) الوكيل يجوز عزله وهنا المند لا يجوز أن يستغل أحد المتبايعين بعزله . ويرد على هذا الاعتراض بأن الوكيل الذي عينه المتبايعان معاً لا يجوز عزله إلا باتفاقهما كما سبق القول . (٣) تحديد الثمن عمل مادي ، والوكيل لا يقوم إلا بتصرف قانوني . ويرد على هذا الاعتراض بأن تحديد الثمن هو جزء من عقد البيع وعنصر جوهري فيه ، فهو تصرف قانوني لا عمل مادي .

أنظر في الفقه المصري : الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي ص ١١٤ هامش رقم ١ (ويذهبان إلى أن تعيين الأجنبي تفويض في تحديد الثمن ونياية في قبوله) - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ١١٧ - ١١٨ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٦٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٠ (ويذهب إلى أن تحديد الثمن عمل مادي . ثم يقول إن المفوض في الوكالة أن يكون الوكيل منفذاً لإرادة الموكل ، أما هنا فالمفوض يفوض إرادته على موكله ويرد على ذلك بأن النائب يرى التصرف بإرادته هو لا بإرادة الأصل وتنفذ هذه الإرادة في حق الموكل لأنه ارتضى ذلك مقدماً) - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١ - ص ٥٨ (ويذهب إلى أن تحديد الثمن عمل مادي ، ومن ثم يقول إن التفويض عقد غير مسمى) .

المفوض للثمن، بمثابة شرط واقف لانعقاد البيع (١) ، فإذا تحقق الشرط بأن قدر المفوض الثمن (٢) ، اعتبر البيع قد تم من وقت العقد . ومن ثم تنتقل الملكية في المنقول المعين بالذات من وقت البيع ، وفي العتار من وقت التسجيل ولو سجل العقد قبل تقدير المفوض للثمن (٣) . وإذا لم يتم المفوض بتقدير الثمن لأى سبب ، كأن امتنع عن ذلك ولو بغير حذر أو مات قبل أن يقدر الثمن أو تعذر عليه تقديره لعدم خبرته أو لأى سبب آخر ، فإن الشرط الواقف لا يتحقق ، ويعتبر البيع كأن لم يكن (٤) . ولا يستطيع القاضى إجبار المفوض على تقدير الثمن كما لا يستطيع أن يعين شخصاً مكانه ، أو أن يقوم بتقدير الثمن نفسه (٥) .

(١) لو ٢١ مد ٧٤ - ققرة ٧٦ - لوبرى ورو ٥ ققرة ٢٤٩ ص ١٧ - جوار ١ ققرة ١٠٥ - بودرى وسينيا ققرة ١٣ - بيدان ١١ ققرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان ققرة ١٤٧ - الأستاذ سليمان مرقس ققرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى ققرة ١٠٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى ققرة ١٤١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ققرة ٣١ - قارن بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٢٨ ص ٢٩

٢٠٠ ويقدر المفوض الثمن وفقاً للسعر الجارى وقت البيع لا وقت التد

(٢) وهذا ما يجدر بالمشتري أن يفعله ، فلا يؤخر تسجيل العقد إلى أن يقوم المفوض بتحديد الثمن ، بل يبادر إلى التسجيل حتى يمتنع عن البائع التصرف في البيع . أما هلاك المبيع قبل تقدير الثمن ، ولو كان في يد المشتري ، فهو على البائع . لأن الشرط ليس له أثر رجعى بالنسبة إلى تحمل ثبته الهلاك (بودرى وسينيا ققرة ١٣٥) .

(٤) أنظر المادة ٢/٢٨٦ من تقنين الموجبات والمقود البناني (آنفاً ققرة ٢٠٩ الهامش)

(٥) كذلك لو كان المفوض شخصين ولم يتفقا على تقدير الثمن ، لا يتم البيع ، ولا يستطيعان الاتفاق على شخص ثالث يكون حكماً بينهما . ولو كان المفوض عدة أشخاص ويجب اتفاقهم جميعاً لتقدير الثمن ، فاستنع أحدهم ، لا يتم البيع ، ولا يستطيع الآخرون تعيين شخص يحل محل الشخص المنتع (بودرى وسينيا ققرة ١٢٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ٢٩) . ولا نستطيع المحكمة كذلك تعيين شخص يحل الشخص المنتع ، بل لو اتفق المتبايعان على أن تعيين المحكمة مرجحاً عند اختلاف المفوضين في تقدير الثمن ولكن أحد المفوضين امتنع عن إبداء رأيه فإن المحكمة لا تستطيع تعيين شخص يحل محله (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٤٠ هامش ١) والقاضى لا يستطيع تقدير الثمن بنفسه ، حتى لو هدد إليه المتبايعان في ذلك وجعله هو المفوض ، لأن القاضى ليست مهمته أن يكمل المقود الذى لم تنه ، بل أن يحكم الخلاف فى عقود تمت (لوران ٢٤ ققرة ٧٥ - لوبرى ورو ٥ ققرة ٢٤٩ هامش ٢٧ مكرر - عكس ذلك : بودرى وسينيا ققرة ١٢٩ =

ولكن يستطيع المتبايعان الاتفاق على شخص آخر يحل محل الأول . فإذا ما قدر المفوض الجديد الثمن اعتبر البيع قد تم من وقت تعيين هذا المفوض الجديد ولا يتأخر تمام البيع إلى وقت تقدير الثمن .

وقد يقتصر للمتبايعان على أن يجملا تقدير الثمن لمفوض يعينه في المستقبل ، فما دام لم يعينا هذا المفوض فإن الثمن لا يكون قابلاً للتقدير ، ومن ثم لا يتم البيع . فإذا ما عيناه ، تم البيع من وقت تعيينه معلقاً على شرط واقف هو تقديره للثمن (١) . وإذا امتنع ، في الحالة التي نحن بصددھا ، أحد المتبايعين عن الاتفاق مع الآخر على تعيين المفوض ، كان هذا إخلالاً بالتزامه من وجوب الاتفاق على تعيين مفوض ، وكان مثولاً عن التعويض وفقاً للمبادئ العامة ، ولكن البيع لا يتم ما دام المفوض لم يعين (٢) .

هذه هي القواعد العامة في ترك تعيين محل العقد لمفوض . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص اقتبس من المرات ٣١٥ و ٣١٧ و ٣١٩ من التقنين المدني الألماني ، ويخرج في بعض المسائل على هذه القواعد . فكانت

= بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٧ ص ٢٧ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٥ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ .

(١) بودرى وسينيا فقرة ١٢٨ ص ١٢٩ — وقد يترك المتبايعان تعيين المفوض لأجنبي يقوم هذا الأجنبي بتعيينه ، فالبيع لا يتم في هذه الحالة بمجرد تعيين الأجنبي الذي وكل إليه تعيين المفوض ، بل يجب أن يعين الأجنبي المفوض فعلاً حتى يتم البيع موقوفاً على شرط واقف هو تقدير المفوض للثمن (بودرى وسينيا فقرة ١٢٩ مكررة أولاً) . ويكون تقدير المفوض للثمن بحسب السعر الجاري وقت تعيين المفوض لأنه هو الوقت الذي يستند إليه قيام البيع ، ويصدق ذلك في حالة تعيين المفوض بواسطة أجنبي وفي حالة تعيين للمتبايعين المفوض في اتفاق لاحق .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٩ ص ٤٠ — بلانيول وريبير وبولايج ٢ فقرة ٢٣٨٢ — الأستاذان أحمد جيب الحلال وحامد زكي فقرة ١١٩ — الأستاذ سليمان — فقرة ٩٢ — الأستاذ جيل الشرقاوي ص ١١٦ — الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٢٩ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١ ص ٥٦ — بل ولا . — الالتجاء إلى التهديد المالي : أنسكلريدى دالير ٥ لفظ *vente* فقرة ٧٦٠ .

و هناك رأى يلحظ إلى أن التصريح في هذه الحالة لا ينشأ عن التزام تعاقدي ، بل من خطأ تقصيري (بودرى وسينيا فقرة ١٢٨) .

المادة ١٨٥ من المشروع التمهيدى تنص على أنه « كان إذا ترك تعيين الشيء لأحد المتعاقدين أو لأجنبي عن العقد ، فيجب أن يكون التعيين قائماً على أساس عادل . فإذا أبطأ التعيين أو قام على أساس غير عادل ، فيكون تعيين الشيء بحكم القضاء . ٢ - ومع ذلك إذ ترك التعيين لأجنبي عن العقد ولمحض اختياره ، فإن هذا العقد يصبح باطلاً إذا لم يستطع هذا الأجنبي أن يقوم بالتعيين أو لم يرد القيام به أو لم يقم به في وقت معقول أو قام به وكان تقديره غير عادل » . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص في المشروع النهائى (١) ، فلم يعد هناك مجال لاتباع أحكامه فيما خالف فيه القواعد العامة التى تقدم ذكرها (٢) ، وبخاصة فى جواز أن يحل القاضى محل الأجنبي إذا أبطأ هذا فى تقدير الثمن أو كان تقديره غير عادل كما تقضى الفقرة الأولى من النص ، وفى وجوب أن يكون التقدير عادلاً (٣) كما تقضى الفقرة الثانية ، فإن هذا وذاك لا يتفق مع القواعد العامة التى سبق بيانها .

٢١٣ - ترك المتبايعين الثمن غير مقدر وغير قابل للتقدير :

أما إذا ترك المتبايعان الثمن غير مقدر وغير قابل للتقدير ، فإن البيع لا يتم ، إذ

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٢١٥ - ص ٢١٦ فى الهامش :

(٢) أنظر الوسيط الجزء الأول ص ٢٨٩ هامش رقم ١ .

(٣) وكان دوماً (القوانين المدنية ١ فقرة ٢٦) وبوتيه (البيع فقرة ٢٤) فى القانون الفرنسى القديم يلحان إلى وجوب أن يكون الثمن الذى يبيع المفوض ثمناً عادلاً . ولكن هذا الرأى لا يمكن الأخذ به دون نص خاص يماثل النص الذى ورد فى التقنين المدنى الألمانى فيما قلناه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٨ هامش ٤ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ١١٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ عبد المنعم عبد البدر اوى فقرة ١٤٢ - وقارن أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٦ - ص ١٧) .

ولكن يصح أن يتفق المتبايعان على وضع حدود لتقدير المفوض للثمن ، كأن يضمناً حداً أدنى وحداً أعلى ، فلا يجوز للمفوض فى هذه الحالة أن يجاوز فى تقديره الحد الأعلى ولا أن ينزل عن الحد الأدنى ، وإلا كان تقديره باطلاً واعتبر البيع كأن لم يكن (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨) . ولو أدخل المفوض ، دون تفويض خاص فى ذلك ، احتمال ارتفاع الأسعار فى المستقبل فى حسابه عند تقدير الثمن ، يكون قد جاوز مهمته (بودرى وسينيا فقرة ١٤٠ مكررة ثانياً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٤٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٢ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧) .

يتقصه ركن من أركانه وهو الثمن . ونقول المذكرة الابضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « أما إذا لم يتفق المتعاقدان ، لاصراحة ولا ضمناً ، على تحديد الثمن أو على جعله قابلاً للتحديد ببيان الأسس التى يحدد بمقتضاها ، فإن البيع يكون باطلاً لفقده ركناً من أركانه » (١) .

ويقرب من ذلك أن يصرح المتبايعان أنهما تابعا دون ثمن ، أى قصدا لإيقاع البيع دون ثمن . فالعقد فى هذه الحالة لا يتم باعتباره بيعاً ، لأن الثمن ركن فى البيع لا يتم بدونه . ولكن قد يستخلص من الظروف أنهما قصدا بإيقاع البيع بدون ثمن أن يكون العقد هبة ، وعند ذلك لا تكون الهبة مستترة ، بل هبة مكشوفة يشترط لتمامها ورقة رسمية فى الأحوال التى يوجب فيها القانون ذلك .

أما إذا قدر المتعاقدان الثمن أو جعلاه قابلاً للتقدير وكان الثمن تافهاً ، أو هيناً ثمنياً مناسباً وذكر البائع أنه وهبه للمشتري ، فسرى أن العقد يكون أيضاً هبة مكشوفة لا بد فيها من ورقة رسمية فى الأحوال التى يجب فيها ذلك .

وإذا قدر المتعاقدان الثمن وكان صورياً ، فسرى أن العقد يكون هبة مستترة ، لا يشترط لتمامها ورقة رسمية .

المطلب الثالث

يجب أن يكون الثمن جدياً

٢١٤ - التمييز بين الثمن الجدى والثمن البهسى : يجب أن يكون الثمن جدياً (sérieux) ، ولا يكون جدياً إذا كان تافهاً (dérisoire) ، أو كان صورياً (fictif) . ولكن ليس من الضروري ليكون الثمن جدياً ألا يكون ثمنياً بخساً (vil) ، فقد يكون بخساً بدخلة الغبن الفاحش ، ومع ذلك يكون جدياً . وآية أن الثمن جدى أن يكون البائع قد أبرم العقد بقصد الحصول عليه مهما كان بخساً ،

وقد رضى بالثمن البخس مضطراً لحاجة ملحة ، أو جاهلاً لقيمة المبيع ، أو لغير ذلك من الأسباب . فيصح البيع ، وإن جاز الطعن فيه بالغبن في حالة استثنائية (١) سيأتى بيانها .

فنستعرض مسألتين : (١) الثمن الجدى (٢) الثمن البخس ودعوى الغبن الفاحش .

١٥ - الثمن الجدى

٢١٥ - الثمن الصورى : لا يكون الثمن جدياً إذا كان ثمناً صورياً

لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري ، بل ذكر مبلغاً من النقود ليكون ثمناً حتى يسلم للبيع مظهره الخارجى . ومنى يثبت أن الثمن صورى فإن العقد لا يكون بيعاً (٢) ، ولكنه قد يكون هبة مستترة في صورة بيع فيصح كهبة دون حاجة إلى ورقة رسمية (٣) ، ومنزى تفصيل ذلك عند الكلام في عقد الهبة . وقد سبق بحث إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٤) .

(١) كما قد يجوز الطعن فيه بالنلط أو التدليس أو الإكراه ، بحسب السبب الذى دفع البائع إلى قبول هذا الثمن البخس .

(٢) استئناف وطنى ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٣٤٣ .

(٣) الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٧ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٦٢٨ - فقرة ٦٣٠ - ومن الفرائض القوية على الصورية أن يكون عجز المشتري عن دفع الثمن واضحاً كل الوضوح ، بحيث لا يعقل أن يكون البائع قد أخذ الأمر على محمل الجد ، وأن الثمن المذكور فى العقد ليس إلا ثمناً صورياً والعقد ليس إلا تبرعاً (نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٦١ ص ١٨٥ - جيوار ١ فقرة ٩٥ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٥ ص ٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ١٠٦) . على أنه لا يجوز أن يستفاد دائماً من مجرد إعرار المشتري وعلم البائع بهذا الإعرار أن الثمن صورى ليس فى نية البائع تقاضيه ، فقد يؤمل البائع أن المشتري سيلقى بعد عسر يسرا (بودرى وسينيا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ١٩٥) - أما العكس فغير صحيح ، فقد يكون المشتري فى حالة تمكنه من دفع الثمن . يكون مع ذلك الشراء الحاصل منه صورياً ، إذ لا تلازم بين حالة الإعرار وصورية العقد . ونستنتج المحكمة بأن تصرفاً ما كان صورياً ، فليس هناك ما يحتم عليها أن تعرض بالبحث للمستندات المقدمة من المشتري إثباتاً . ومقدرته على دفع الثمن ، فإن هذا لا يقدم ولا يؤخر (نقض مدنى ٢ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٨٨ ص ٢٩٦) .

ومما يقطع في صورة الثمن أن يرى البائع في عقد البيع نفسه المشتري من الثمن المذكور في العقد ، أو أن يهبه إياه ، فإن هذا معناه أن البائع ليس في نيته أن يتقاضى الثمن ، وإنما يريد أن يسبق على العقد صورة البيع . وفي هذه الحالة لا يكون العقد بيعاً ، وإذا اعتبر هبة فإنه يكون هبة مكشوفة لا مستترة ، فيجب لاعتقادها أن تكتب في ورقة رسمية في الأحوال التي تشترط فيها الرسمية في الهبة (١).

لكن إذا تم عند البيع بذكر ثمن جدي فيه ، ثم بعد ذلك أبرأ البائع المشتري من الثمن أو وهبه إياه ، فإن البيع يبقى صحيحاً فقد سبق أن انعقد بثمن جدي ، وإبراء البائع المشتري من الثمن أو هبه له بعد ذلك ليس من أسباب البطلان (٢).

٢١٦ - الثمن التافه : ويلحق بالثمن الصوري الثمن التافه ، وكما لا يتم

البيع بثمن صوري كذلك لا يتم بثمن تافه . والثمن التافه هو مبلغ من النقود يصل من التفاهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن

(١) ولا ينال إن البيع يكون باطلاً وينحول إلى هبة صحيحة ، بل انعقد هبة مكشوفة راساً (الأستاذ جميل الشرفاوى ص ١٠٦) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ذكر الثمن في عقد البيع مع إبراء المشتري منه أو هبه إياه ، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون سائراً لهبة ، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر ، إلا أنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً الأركان والشرائط اللازمة لصحته (نقض مدني ٩ يونيو سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٠ ص ١٠٠) .

(٢) بودري وسبنا فقرة ١٢٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٧ ص ١٥٩ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٧ - الأستاذ جميل الشرفاوى فقرة ١٠٥ - الأستاذ عبد السمندر فقرة ١٤٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢٨ - وبترتب عن ذلك أنه يجوز الأخذ بالشفعة في هذا البيع ، ويأخذ الشفيع العقار بالثمن المسمى الذي أبرى منه المشتري أو وهب إياه ، ولو اعتبر العقد هبة جاء الأخذ بالشفعة . وفي التقنين المدني العراقي نص صريح في هذا المعنى ، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٩ من هذا التقنين على ما يأتي : " وللبائع أن يحيط جميع الثمن قبل القبض ، ولكن لا ينحق هذا الخط بأصل العقد . فلو أبرأ البائع المشتري من جميع الثمن وأخذ الشفيع المبيع ، وجب أن يأخذه بالثمن المسمى " (انظر أيضاً فقرة ٢٠٦ في الماشر) .

البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار النافه ، وإن كان قد حصل عليه فعلاً (١) . فإذا باع شخص داراً قيمتها ألف بعشرين مثلاً ، كان الثمن تافهاً ، فلا يتم البيع . وإذا اعتبر العقد في هذه الحالة هبة ، فإن الهبة تكون مكشوفة لا مسترة ، وتجب فيها الرسمية في الأحوال التي يشترط القانون فيها ذلك (٢) .

ويلحق بالثمن النافه ، فيكون كالثمن الصوري لا يتم به البيع ، أن يبيع شخص عيناً بثمن هو إيراد مرتب مدى حياة البائع ولكن هذا المرتب أقل من ربع العين . فإذا باع شخص داراً ربعها مائة بإيراد مرتب مدى حياته مقداره خمسون ، فقد وضح أن المشتري لا يدفع شيئاً من ماله في مقابل الدار ، إذ هو يقبض ربعها ويعطى البائع منه الإيراد المرتب . وفي هذه الحالة يكون العقد هبة لا بيعاً (٣) ، والهبة مكشوفة لا مسترة (٤) ، يشترط فيها الرسمية في الأحوال التي يوجب القانون فيها ذلك (٥) . على أن البائع إذا باع الدار بإيراد يعادل الربع الحال للمبيع ، وظهر من الظروف أن هذا الربع الحال غير مستقر ، وأنه عرضة للنقصان إما لأسباب طبيعية وإما لسبب خاص كأن كانت الدار معرضة للتخريب من غزو أو سطر أو غير ذلك ، فأراد البائع أن يكفل لنفسه إيراداً ثابتاً وإن كان

(١) محكمة مصر ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ الحقوق ٢٩ ص ١٨٧ - وهذا ما يميز الثمن النافه من الثمن الصوري . فالثمن النافه مقدار قليل جداً من النقود لا يتناسب أصلاً مع قيمة المبيع ، ولكن البائع يحصل عليه فعلاً . أما الثمن الصوري فيكون عادة مقداراً من النقود متناسباً لقيمة المبيع ، ولكن البائع لا يحصل عليه ولا يقصد ذلك .

(٢) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٤٩ ص ١٦ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٣٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٠٧ هاش ٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٤٧ ص ٢١٤ - انظر عكس ذلك وأن الهبة تكون مسترة لا مكشوفة بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١ .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٣٧٢ - قارن جوسران ٢ فقرة ١٠٢٥ .

(٤) قارن بيدان ١١ فقرة ١٤٣ .

(٥) وقد قضت محكمة النقض بأنه على فرض أن الإيراد المقرر في العقد مدى حياة البائع هو دون ربع المنزل المبيع ، وأن هذا يحمل الثمن مضمناً فيعتبر العقد باطلاً كبيع ، فإن الحكم قد أقام قضاءً على أساس أن العقد يعتبر في هذه الحالة هبة صحيحة شكلاً لإفراغها في قالب (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض رقم ٩٩ ص ٥٧٣) .

لا يزيد على الربع الحال للدار ، جاز اعتبار الثمن هنا ثمناً جدياً لا نافعاً وإن كان ثمناً بخاً ، وصح البيع (١) .

٢٥ - الثمن البخس

(دعوى الفبن الفاحش)

٢١٧ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٢٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ . إذا بيع عقار مملوك لشخص لا توافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس ، فللبائع أن يطلب تكلة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .
٢ . ويجب لتقدير ما إذا كان الفبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع .

وتنص المادة ٤٢٦ على ما يأتي :

١ . تسقط بالتقادم دعوى تكلة الثمن بسبب الغبن ، إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع .

وتنص المادة ٤٢٧ على ما يأتي :

« لا يجوز الطعن بالفبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزااد العلني (٢) » .

(١) أنظر لوران ٢٤ فقرة ٨٥ وما بعدها — جيوار ١ فقرة ٩٧ — أوبري ورو ٥ فقرة ٣٤٩ هامش ٢٦ — بيدان ١١ فقرة ١٤٢ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧١ — الأستاذ جميل الشرقاوي ص ١٠٧ — الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ١٤٦ — وقارن ماركاديه م ١٥٩١ فقرة ٣ — بودري وسينيا فقرة ١٣٠ — بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٤١ ص ٤٢ — ص ٤٣ — الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد زكي فقرة ١٠٧ — الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٩ .

ويجوز الطعن في البيع بدعوى للفبن الفاحش إذا توافرت شروطها ، كما سنرى .

(٢) تاريخ النصوص :

م ٤٢٥ ورد هذا النص في المادة ٥٦٥ من المشروع التمهيدى على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً طفيفاً فصار مطابقاً ، إلا في عبارة =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٣٦-٣٣٧/٤١٩ - ٤٢٠ (١).

= واحدة عدلتها لجنة الشئون التشريعية في مجلس النواب ، إذ كان نص المشروع كما يأتي : « فليس للبائع إلا أن يطلب تكملة الثمن » فاستبدلت بهذه العبارة عبارة « فللبائع أن يطلب تكملة الثمن » لأن العبارة الأولى توهم أن البائع ناقص الأهلية لا يملك في حالة الفسخ إلا دعوى تكملة الثمن ، والواقع أنه يملك أيضاً دعوى إبطال العقد لنقص أهليته ، وقد يرى المصلحة في إحدى الدعويتين دون الأخرى . وصار رقم للنص ٤٢٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٥ — ص ٣٧) .

م ٤٢٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٦ من المشروع التمهيدي على وجه يقارب ما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وفي لجنة المراجعة عدل تعديلاً طفيفاً فصار مطابقاً ، وأصبح رقمه ٤٣٥ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٧ — ص ٣٨) .

م ٤٢٧ : ورد هذا النص في المادة ٥٦٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « لا يجوز التمن بالعين في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المازاد العلني » . وفي لجنة المراجعة قرر النص تحويراً يجعل المعنى أدق ، فأصبح المعنى مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٤٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٣٩ وص ٤١) .

(١) التقنين المدني السابق م ٤١٩/٣٣٦ : العين الفاحش الزائد عن خمس ثمن العقار المبيع لا يترتب عليه حق إلا للبائع في طلب تكملة الثمن ، ويكون ذلك في حالة بيع عقار القصر فقط .

م ٤٢٠/٣٣٧ : يسقط حق إقامة الدعوى بالعين الفاحش بعد بلوغ البائع سن الرشد أو وفاته بسنتين . ولا يترتب على ذلك الحق إخلال بحقوق أصحاب الرهون العقارية . والفروق ما بين التقنينين الجديد والسابق بينهما المذكرة الإيضاحية فيما يأتي :

١ — التقنين السابق لم يذكر إلا القاصر ، وجرى القضاء المصري على أن ذلك يشمل غير القاصر أيضاً من غير كامل الأهلية كالمجوز عليه ، فسجل التقنين الجديد هذا القضاء بأن نص على بيع العقار المملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٥ — قارن ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠) .

٢ — نص التقنين الجديد على الطريقة التي يقدر بها الفسخ ، فذكر أنه يجب لتقدير ما إذا كان الفسخ يزيد على الخمس أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع . وهذا ما جرى عليه القضاء المصري ، فقننه التقنين الجديد نافذاً في ذلك عن المشروع الفرنسي الإبطالي (م ٣٩٥) .

٣ — جعل التقنين الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات بدلاً من سنتين ، حتى يتسق التشريع في دعاوى الإبطال مع دعوى تكملة الثمن للعين (انظر سريان التقنين الجديد بالنسبة إلى الزمان فيما يل فقرة ٢٢٣) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المواد ٣٩٣ - ٣٩٥ - وفي التقنين المدني الليبي المواد ٤١٤ - ٤١٦ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ١٢٤ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٢١٣ - ٢١٤ (١) .

= ٤ - نص التقنين الجديد على عدم جواز الطعن بالعين في بيع تم كنس القانون بطريق المازاد العلني ، كالبيع جبراً لتنفيذ حل مال المدين وكبيع عقار الماسر في المراء العلني ، لأن المفروض في هذه البيوع أن كل الإجراءات البرية للحصول على أعلى ثمن ممكن وقت البيع اتخذت ، فإذا رما المراء رغم ذلك بشئ فيه عين ، فليس في الأمر حيلة . وفي هذا أيضاً تقنين لما جرى عليه القضاء في مصر .

انظر فيما تقدم مجموعة الأعمال التحضيرية ؛ ص ٢٩ - ص ٤٠ .
ويمكن إضافة فرق خامس إلى هذه الفروق الأربعة ، هو الخاص بحماية العين من التبع ، فقد عم التقنين الجديد إذ شمل بالحماية كل من كسب حثاً عينياً على العقار المبيع ، وقصر التقنين الدين الحماية على أصحاب الزهر المقارية .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٩٣ - ٣٩٥ (مطابقة للمواد ٤٢٥ - ٤٢٧ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأسناد مصطل الزرنا فترة ٧٧ - فترة ٨٣) .
التقنين المدني الليبي م ٤١٤ - ٤١٦ (مطابقة للمواد ٤٢٥ - ٤٢٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ١٢٤ : ١ - مجرد العين لا يمنع من نفاذ العقد مادام العين لم يصحبه تقرير . ٢ - على أنه إذا كان العين فاحشاً وكان المعبون محجوراً أو كان المال الذي حصل فيه العين مال الدولة أو الوقف ، فإن العقد يكون باطلاً . ٣ - لا يجوز الطعن بالعين في عقد تم بطريق المزايدة العلنية .

(ويختلف التقنين العراقي عن التقنين المصري بوجه خاص في الجزاء المترتب على العين ، في التقنين المصري الجزاء هو تكللة الثمن ، أما في التقنين العراقي فالجزاء هو بطلان العقد أصلاً) .

تقنين الموجبات والعقود الثاني م ٢١٣ : العين هو التفاوت وانتفاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض .

م ٢١٤ : إن العين لا يفسد في الأساس رضا المعبون . ويكون الأمر على خلاف ذلك ويصبح العقد قابلاً للبطلان في الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المعبون قاصراً ثانياً - إذا كان المعبون راشداً وكان للعين خاصتان : الأولى أن يكون فاحشاً وشداداً عن العادة المألوفة ، والثانية أن يكون المستفيد قد أراد استثمار ضيق أو طيش أو عدم خبرة في المعبون . ويمكن إن الدرجة المعينة فيما تقدم لإبطال عقود التمر نفسها بسبب العين .

(ويختلف التقنين اللبناني عن التقنين المصري فيما يأتي : (١) لم يحدد التقنين اللبناني رقاً =

ونرى من ذلك أن الثمن البخس ، وهو الثمن الذى يقل عن قيمة المبيع كثيراً ولكنه ثمن جدى قصد البائع أن يتقاضاه ، لا يمنع تمام البيع كما قدمنا ، إذا توافر فيه شروط الثمن . فإذا باع شخص كامل الأهلية داراً قيمتها أربعة آلاف بالدين أو باللف ، كان البيع صحيحاً (١) ، ولا يدخل عليه البطلان من طريق بخس الثمن ، فهو ثمن جدى وإن كان ثمناً قليلاً (٢) .

على أن بخس الثمن - كما يخلص من النصوص المتقدمة الذكر - يعيب البيع فى حالة واحدة ، هى حالة بيع عقار مملوك لغير كامل الأهلية ولكن بشروط معينة إذا توافرت جاز الطعن فى البيع بدعوى الغبن الفاحش (٣) .

١ - الشروط الواجب توافرها لتحقيق الغبن الفاحش

٢١٨ - شروط أربعة : يجب لتحقيق الغبن الفاحش الذى يعيب البيع توافر شروط أربعة تستخلص من نصوص المواد ٤٢٥ - ٤٢٧ مدنى : (١) أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية (٢) . أن تكون العين المبيعة عقاراً (٣) والا يكون البيع فى مزاد هلنى ثم وفقاً لأحكام القانون (٤) وأن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس .

= ثابتاً للذين . وقد حدد التقنين المصرى رقاً فعمله الخمس . (٢) مزج بين الغبن والاستغلال . (٣) قصر الغبن على القاصر دون غيره ممن لم تتوافر فيهم الأهلية . (٤) جعل جزاء الغبن إبطال العقد لا تكله الثمن .

(١) استئناف مخطط ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٢ - ٤ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٥٩ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٨٩ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٦٢ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨١ .

(٢) وقد يدخله البطلان من طريق عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التدليس أو الغلط (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٩ ص ٣٠٥ - وانظر أيضاً فقرة ٢١٤ فى الهامش) .

(٣) أما الغبن فو الميعار الذاتى الذى يعيب الرضاء نفسه ولو كان المتعاقد كامل الأهلية - الاستغلال - فقد سبق بحثه (انظر الوسيط جزء أول فقرة ٢٠٢ - فقرة ٢١٢) .

٢١٩ - الشرط الاول - صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية:

يجب أولاً أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية . فإن كان كامل الأهلية ، فهو حر في أن يبيع ماله بأي ثمن شاء . وإن باعه بثمن قليل ، لم يؤثر في سلامة البيع مقدار الغبن الذي لحق به مهما كان هذا الغبن فاحشاً ، ما دام الثمن جدياً قصد البائع أن يحصل عليه (١) . وليس يعيب بيع كامل الأهلية ، عن طريق الغبن ، إلا أن يستغل فيه طبش بين أو هوى جامع وأن تتوافر سائر شروط الاستدلال ، ويختلف معيار الاستدلال عن معيار الغبن في أن ذاك ذاتي وهذا موضوعي (٢) .

فالواجب إذن أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية ، سواء كان فاقداً الأهلية أصلاً أو كان ناقصها فحسب (٣) . فيجوز أن يكون صبيّاً غير مميز

(١) أما في القانون الفرنسي فيجوز الطعن في بيع العقار الملوك لكامل الأهلية إذا زاد الغبن على ١٢/٧ من قيمة العقار وقت البيع ، ويجوز المشتري إما حل رد العين واسترداد الثمن وإما على تكلفة الثمن إلى تسعة أعشار القيمة وقت البيع . فرد المبيع هو الالتزام الأصل ، وتكلفة الثمن التزام بدل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٦ ص ٢٠٢ - ص ٢٠٣ - حوسران ٢ فقرة ١٠٥٥ ص ٥٥١) أنظر في تاريخ دعوى الغبن في القانون الفرنسي وأصل هذه الدعوى في القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم بودرى وسبينا فقرة ٦٧١ - فقرة ٦٧٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٥ .

وفي الفقه الإسلامي يمنع الغبن إطلاقاً في الأموال الربوية (وهي المظومات والأثمان أو المكيلات والموزونات) . وفيما عدا الأموال الربوية لا يؤثر الغبن إذا لم يصحبه تفرير ، ولكن مجرد الغبن إذا كان فاحشاً يؤثر في بيع أموال الخجور وبيت المال والوقف فيجعل العقد فاسداً .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « ويلاحظ أن معيار الغبن هنا معيار مادي . أما الغبن في العقد بصفة عامة ، وهو الاستدلال المنصوص عليه في الالتزامات بوجه عام ، فمعياره معيار نفسي : ولا يشترط فيه التوقف عند رقم معلوم . . . ويستخلص مما تقدم أن بيع عقار كامل الأهلية لا يضمن فيه بالغبن إلا إذا توافرت فيه شروط الاستدلال التي سبق بيانها » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٤١) .

(٣) ويندر أن يكون صاحب العقار المبيع فاقداً الأهلية أصلاً ، لأنه إذا باشر العقد بنفسه كان العقد باطلاً ، وإذا باشره عنه وصيه بغير إذن المحكمة كان العقد باطلاً أيضاً . فينبغي أن يباشر العقد الوصي بإذن المحكمة ، ولا يباع العقار في مزاد علني ، ويقع في البيع غبن فاحش . وينبغي أيضاً أن يباشر العقد الولي في الحدود التي لا يشترط فيها إذن المحكمة ، ويقع في البيع غبن فاحش =

أو مجنوناً أو معتوهاً ، وهؤلاء فاقدو الأهلية أصلاً ، ويبيع بالنيابة عنهم الولي أو الوصي أو القيم . ويجوز أن يكون صبيّاً ممزاً أو محجوراً عليه لغفلة أو لسفه ، وهؤلاء ناقصو الأهلية ، ويبيع بالنيابة عنهم الولي أو الوصي أو القيم ، وقد يباشرون البيع بأنفسهم . أما النائب والمحجور عليه لعقوبة جنائية ومن أقيم له مساعد قضائي ، فهؤلاء لا يعتبرون ناقصي الأهلية بسبب الغيبة أو العقوبة أو العاهة ، وحكمهم هو حكم كامل الأهلية .

٢٢٠ - الشرط الثاني - المبيع الميعة هفاه : ويجب ثانياً أن تكون

المبيع الميعة عقاراً . فبيع المنقولات بأي ثمن جدي مهما قل لا يعيبه الغبن الفاحش ، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لغير كامل الأهلية (١) . ومن ثم إذا بيعت أسهم (٢) أو سندات أو سيارة أو « هوامة » أو آلة ميكانيكية أو غير ذلك من المنقولات ذات القيمة الكبيرة بغبن فاحش ، لم يؤثر ذلك في سلامة البيع ، ولو كانت هذه المنقولات مملوكة لقاصر أو لمحجور عليه . وكذلك إذا بيع متجر (fonds de commerce) فالمتجر يعد منقولا (٣) . فالمنقولات لا تحميها إذن دعوى الغبن الفاحش وإنما تحميها الاجراءات التي رسمها المشرع لحماية القصر والمحجور عليهم في قانون الولاية على المال ، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة .

أما إذا كان المبيع عقاراً ، فتحميه دعوى الغبن الفاحش . ويستوى أن يكون هذا العقار حق ملكية على عقار كدار أو أرض (٤) ، أو يكون خفا عينيا دون

هـ أما إذا كان صاحب العقار المبيع ناقص الأهلية ، فيضاف إلى هذين الفرضين فرض ثالث ، هو أن يباشر ناقص الأهلية العقد بنفسه ويقع في البيع غبن فاحش ، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الإبطال وبدعوى الغبن الفاحش . أنظر ما يل فقره ٢٢١ .

(١) استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٧٣ .

(٢) غير أن بيع حصص في شركة عقارية يعتبر بيع عقار ، إذا أدى إلى تجميع الحصص كلها في يد شريك واحد ومن ثم انحلت الشركة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقره ٢٣٨ ص ٢٨٥) .

(٣) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقره ٢٣٨ ص ٢٨٥ .

(٤) لو كان العقار عقاراً بالتخصيص فيدخل مع العقار الأصل في حساب الغبن .

حق الملكية مادام واقعاً على عقار كحق الانتفاع بدار أو أرض وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر (١). ولكن حوالة الحق الشخصي غير العقارى ، ولو كان هذا الحق مكفولاً بتأمين عبي واقع على عقار كرهن أو اختصاص أو امتياز ، لا يعتبر بيع عقار . بل هو بيع منقول لا تخميه دعوى الغبن الفاحش ، لأن البيع واقع على حق شخص غير عقارى . فإذا كان الحق الشخصي واقعاً على عقار ، كحوالة حق المشتري القاصر أو المحجور عليه لعقار اشتراه ولم يسجل عقد البيع ، اعتبر عقاراً وجازت حمايته بدعوى الغبن الفاحش .

وإذا كان المبيع عقاراً ومنقولاً يباع صفقة واحدة بثمن واحد ، وكانت الصفقة قابلة للتجزئة ، جزئت وقسم الثمن على العقار والمنقول ، وجاز الطعن بالعين في العقار دون المنقول . وإذا لم تكن الصفقة قابلة للتجزئة ، جاز الطعن في البيع كله بالغبن ، على ألا يدخل في حساب الغبن إلا قيمة العقار وحده منسوبة إلى حصته في الثمن (٢).

٢٢١ - الشرط الثالث - لا يكون البيع في مزاد علنى ثم وفقاً

لأحكام القانون : ويجب ثالثاً ألا يكون البيع في مزاد علنى . ونلاحظ بادئ ذي بدء أن الذى تخميه دعوى الغبن الفاحش هو البيع (٢) لا الشراء . فإذا اشترى

(١) ويستوى أن يكون العقار مفرزاً أو شائعاً - ولا يعتبر عقاراً المنقول بحسب المال كما في بيع البناء بقصد هدمه ، وبيع الأشجار بقصد قطعها ، وبيع حق استعراج المئادى والأحجار من المناجم والمهاجر (بودرى وسينيا فقرة ٦٨٠) .

(٢) أوردى وردو ٥ فقرة ٣٥٨ هامش ٦ - بودرى وسينيا فقرة ٦٨١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٣٨ ص ٢٨٥ - ص ٢٨٦) .

(٣) عل أنه لا يجوز الطعن ، في عهد التثمين المدنى السابق ، في بيع الوفاء بالغبن . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز تطبيق قواعد الغبن الفاحش على عقد البيع الوفاءى الصادر من ولي القاصر للغير عن جزء من أملاك القاصر ، وذلك سواء أكان العقد عقد بيع وفاءى أم كان المقصود به إخفاء رهن عقارى . وذلك لأن للبايع في العقد الأول استرداد المبيع إذا رد الثمن في الميعاد ، ولأن المشتري في العقد الثانى ليس له أى حق عيني على العين وإنما له دين هادى ، وبذلك ينتفى حصول أى ضرر للقاصر من جراء تصرفات وليه في ماله لإمكان استرداد العين المبيعة في الحالين (٣ يناير سنة ١٩٣٥ الجمعية الرسمية ٣٦ رقم ١١٧) .

القاصر أو المحجور عليه عقاراً ولو بفن فاحش ، فليست دعوى الفبن هي التي تحبها (١) ، وإنما تحبها الإجراءات المرسومة لهذا الغرض في قانون الولاية على المال ، وأهمها وجوب الحصول على إذن المحكمة كما سبق القول .

فالبيع وحده هو الذي تحبها دعوى الفبن . ويجب ألا يكون البيع حاصلًا بالمزاد العلني ، لأن المزاد يفسح السبيل للحصول على أكبر ثمن ممكن للعقار المبيع . فإذا رما المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس ، فهذا دليل على أن العقار لا يجد مشترياً بأكثر من هذا الثمن ، فلا محل إذن للطعن في المبيع بالفبن . هذا إلى أن جعل البيع بالمزاد مهتداً بأن يطمئن فيه بالفبن قد يكون سبباً لإحجام كثيرين من الدخول في المزاد ، فلا تنهياً للأسباب كاملة للوصول بثمنه إلى أعلى مقدار ممكن ، وتنقلب الحماية ضرراً لا نفعاً .

وقد كان المشروع التمهيدى للمادة ٤٢٧ مدني تجرى على الوجه الآتي :

« لا يجوز الطعن بالفبن في بيع ينص القانون على أنه لا يتم إلا بطريق المزاد العلني » .

فكان الطعن بالفبن ممتنعاً ، بموجب هذا النص ، في بيع يحتم القانون أن يكون بالمزاد العلني ، وذلك كييع عقار المدين للتنفيذ بالدين وبيع العقار لعدم إمكان قسمته عيناً . أما إذا كان البيع لا يتحتم قانوناً أن يكون بالمزاد العلني ، كييع عقار غير كامل الأهلية والغائب (٢) ، فإنه يجوز الطعن فيه بالفبن ولو حصل بالمزاد العلني . ولكن نص المشروع التمهيدى حور في لجنة المراجعة ، واستقر النص في المادة ٤٢٧ من التقنين المدني الجديد على الوجه الآتي : « لا يجوز الطعن بالفبن

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المشتري لا يستطيع الطعن في الشراء بدعوى الفبن ، ولو اشترى بأكثر من قيمة المبيع بما يزيد على الخمس (٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٢١) .

كذلك لا يجوز الطعن بالفبن في المقايضة ، أو تقديم عقار كحصة في شركة ، ولا في الوفاء مدين مقابل هو عقار وإن كانت هذه الحالة الأخيرة محل شك (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٥٣ - الأستاذ جميل الشرفاوى ص ٤٤) .

(٢) فهذا البيع يصح أن يقع بالمزاد العلني وفقاً لإجراءات رسمها تقنين المرافعات (انظر المواد ٧١٢ - ٧١٧) ، وإن كان القانون لا يحتم ذلك . فقد يحصل الوصل على إذن المحكمة في بيع عقار القاصر ، وتقتصر المحكمة على أخذ رأى خبير في قيمة العقار ومناسبه الثمن لهذه القيمة دون أن تحتم أن يكون البيع بالمزاد العلني .

في بيع ثم كنص القانون بطريق المزااد العلني (١) . فأصبح ، بموجب هذا النص ، الطعن بالغبن ممتنعاً في بيع عقار غير كامل الأهلية إذا اشترطت المحكمة بيعه بالمزااد العلني ، وتم البيع فعلاً بالمزااد كنص القانون أي وفقاً للإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في بيع عقار غير كامل الأهلية والغائب (م ٧١٢-٧١٧ مرافعات) (٢) .

ومخلص ما قدمناه أنه لا يجوز الطعن بالغبن في الأحوال الآتية : (١) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني تنفيذاً لدين (٣) . (٢) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني لعدم إمكان قسمته عيناً . (٣) إذا بيع عقار غير كامل الأهلية في المزااد العلني تنفيذاً لأمر المحكمة التي أذنت في البيع (٤) .

ويجوز الطعن بالغبن في الأحوال الآتية : (١) إذا باع ناقص الأهلية العقار بنفسه دون إذن أو إجازة ، فيكون البيع قابلاً للطعن فيه بدعوى الغبن وبدعوى الإبطال

(١) انظر آنفاً فقرة ٢١٧ في الهامش .

(٢) انظر عكس ذلك الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٢ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٥ ص ٦٢ - ص ٦٣ .

وفي معنى الرأي الذي نذهب إليه قضت محكمة النقض بأن المادة ٦١٤ مرافعات (قديم) لا توجب بيع عقار القاصر بطريق المزايدة ، ولا يترتب البطلان على عدم اتباع هذا الطريق ، كما أن قانون المجالس الحسبية الصادر في سنة ١٩٢٥ لم يشر باتباع الإجراءات المنصوص عليها في المادة المشار إليها . ولازم ذلك أن بيع عقار القاصر بالممارسة مع تصديق المجلس الحسبي لا مخالفة فيه للقانون ولا للمادة المشار إليها . ويكون حكم النقص المذكور غير واجب الاتباع إلا في حالة بيع عقار القاصر المأذون في بيعه من الجهة المختصة بالمزايدة (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٣٤ ص ٥٣٤) .

(٣) ويستوى أن يكون المزااد العلني قضائياً أو إدارياً ، فإذا بيع عقار محجور بيعاً إدارياً لاستيفاء الضريبة ، لم يجوز الطعن في البيع بالغبن ، لأنه بيع ثم بطريق المزااد العلني كنص القانون (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ١١٢) .

(٤) كذلك لا يجوز الطعن بالغبن في نزاع ملكية عقار مملوك لغير كامل الأهلية للمنفعة العامة ، بحجة أن التمريض غير كاف وأنه ينطوي على غبن فاحش : فالمرحس أن صاحب العقار المنزوع ملكيته قد طرق السبل القانونية التي فتحها له القانون لجعل التمريض عادلاً لا ينطوي على غبن (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٧٨ ص ٥٨٦ - جوسران ٢ فقرة ١٠٥٢ ص ٥٥١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٤٧١) .

معا (١). (٢) إذا باع الأب مال ولده فيها لا تزيد قيمته على ثلثائة جنيه ، إذ لا يحتاج في هذه الحالة إلى الحصول على إذن من المحكمة (٤). (٣) إذا باع الولي أو الوصي أو القيم مال المحجور بعد الحصول على إذن من المحكمة وبعد أن أخذت المحكمة رأى الخبير ، ولكن دون أن يكون البيع حاصلًا بالمراد العلني لعدم اشتراط

(١) فإذا أجاز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، زال سبب الإبطال وبقى سبب النقص ، فيجوز له حينئذ أن يضمن في البيع بالنقص . وتحقق مصلحته في ذلك إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالنقص عما كانت وقت البيع ، فإن هو طعن بالإبطال استرد عقارا قد تكون قيمته أقل مما كانت وقت البيع بأكثر من الخمس . فتكون له إذن مصلحة في أن يضمن بالنقص دون الإبطال حتى يستكمل أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع ، فيكسب من دعوى النقص أكثر مما يكسب من دعوى الإبطال . مثل ذلك أن تكون قيمة العقار وقت البيع مائة ، فيبيعه القاصر بثلثائة . أو بلغ سن الرشد ، وقد نزلت قيمة العقار إلى أربعائة ، كانت إجازة البيع واستكمال أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع بدعوى النقص خيرا للبائع من إبطال البيع واسترداد العقار مع رد ثمنه . ذلك أنه في الحالة الأولى يكسب مائة وثمانين ، وهو المقدار الذي يستكمل به أربعة أخماس قيمة العقار . أما في الحالة الثانية فيسترد عقارا قيمته وقت استرداده أربعائة ، ويرد الثمن وهو ثلثائة ، فالفرق الذي يكسبه هو مائة فقط .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ، وكان نظام المجالس الحسبية إذ ذاك قائما ، ما يأتى : « هذا ويلاحظ أن نظام المجالس الحسبية يمنع في أحوال كثيرة من تطبيق هذه الأحكام ، فإن بيع عقار القاصر والمحجور عليه يكون عادة بقرار من المجلس الحسبى بعد اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع النقص ، على أن النقص يتمسور وقوعه بالرغم من ذلك ، كما إذا باع القاصر عقاره بشئ بخس دون الرجوع إلى المجلس الحسبى . فيكون البيع قابلا للبطلان من جهة ، وقابلا للظن عليه بالنقص من جهة أخرى . وقد يحيز القاصر البيع بعد بلوغ سن الرشد ، ثم يضمن فيه بالنقص إذا كانت له مصلحة في ذلك . وتحقق المصلحة إذا نزلت قيمة العقار المبيع وقت الطعن بالنقص عما كانت وقت البيع ، بحيث تكون تكلفة الثمن التى يحصل عليها من وراء الطعن بالنقص خيرا له من استرداد المبيع إذا هو طعن في البيع بالبطلان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠ - ص ٤١) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن بيع ولى لمال القاصر بدين فاحش يعطى الحق في طلب ثلثائة الثمن لا في طلب بطلان العقد ، أما إذا باشر القاصر البيع بنفسه فيكون له الحق عند وجود ثمن الفاحش في رفع إحدى دعويين ، هما دعوى بطلان التصرف لعدم الأهلية ودعوى تكلفة الثمن (٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحررة الرسمية ٢٦ رقم ١١٧) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز الطعن بالنقص في عقد وقع من محل القاصر شرعا في التعامل عنه ، أما إذا صدر البيع من القاصر نفسه فإن القاصر يجوز له طلب بطلان هذا البيع لنفسه (٢٤ يناير سنة ١٩١١ الحقوق ٢٧ ص ٦٧) .

(٢) الأستاذ سليمان مرقس فترة ١٢٥ ص ١٧٤ - ١٧٦ - الأستاذ عبد المنعم

البدراوى ص ١٥٣ - ٢٢٢ .

المحكمة ذلك . فقد يقع في هذه الحالة الأجرة غبن يزيد على الخمس ، وذلك بالرغم من رأى الحبير الذى وافق على البيع ، وبالرغم من أن المحكمة كانت تملك رفض الإذن إذا كان الغبن يزيد على خمس القيمة .

ولا يمنع من الطعن في البيع بالغبن أن يكون البيع احتمالياً ، إذ يجوز أن بداخل الغبن البيع الاحتمالى . فإذا بيع عقار محجور عليه بإراد مرتب مدى حياته وكان هذا الإيراد لا يزيد على ربع العقار ، فأنش هذا جدى ولكنه ثمن بخس ، وقد لحق البائع منه غبن فاحش ، فيجوز الطعن في البيع بالغبن (١) .

٢٢٢ - الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع

ولست البيع بأكثر من الخمس : والغبن لا يكون فاحشاً إلا إذا زادت قيمة العار المبيع وقت البيع على ثمنه بأكثر من خمس القيمة . أما إذا بيع العقار بثمن هو أربعة أخماس قيمته وقت البيع أو بثمن أكثر من ذلك ، فلا محل للطعن في البيع بدعوى الغبن . ونقف هنا عند رقم حدود لا نتعداه ، وهذا الرقم مأخوذ من الفقه الإسلامى فقيه أن الغبن الفاحش هو ما يزيد على الخمس ، ومن ثم كان معيار الغبن موضوعياً بخلاف الاستفلال فإن معياره ذاتى (٢) كما قدمنا .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢١٠ في الخامس — كذلك إذا كان العقار المبيع هو حق انتفاع مدى حياة المنتفع أو حق رقة انفصل عن حق انتفاع مدى حياة المنتفع ، فإن هذا بيع احتمالى لكن يجوز أن يدخله الغبن (أنظر في تطور هذه المسألة في القضاء الفرنسي وانتهائه إلى إقرار هذا المبدأ بلانيول وريبير وحامل ١٠ فقرة ٢٣٩ : وانظر كولان وكايتان ٢ فقرة ١٠٥٢ — أنسيكلوبيدى : القوز ه لفظ vente فقرة ٤٨٩ — فقرة ٤٩٧ — الأستاذ عبد السلام البدروى فقرة ٣٥ ص ٦١ — ص ٦٢ — الأستاذ إسماعيل غانم ص ٥٨ — الدكتور توفيق فرج في نظرية الاستفلال رسالة من الاسكندرية سنة ١٩٥٧ ص ٢٦٠ — ص ٢٧٢ — وقارن الأستاذين نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٤٧٧) .

(٢) فلا يشترط في الغبن أن تكون إرادة المنبوت معينة : بل يصح أن يكون على بينة من أمره غير مضبوط عليه وقد باع مختاراً بهذا الغبن الفاحش . أما في الاستفلال فلا بد أن يكون قد استغل في المنبوت طبعه البين أو هواه الجامح . ومن ذلك زى أن دعوى الغبن ترجع في طبيعتها لا إلى عيب في الإرادة ولا إلى نقص =

والعبرة في تقويم العقار، لحساب مقدار ما وقع من غبن، بوقت البيع (١)، لا بوقت الطعن بالغبن. فإذا كانت قيمة العقار ألفاً وبيع بسبعائة، كان هناك غبن يزيد على خمس قيمة العقار وقت البيع. ومن ثم يجوز الطعن في هذا البيع بالغبن، واستكمال المائة التي يقل بها الثمن عن أربعة أخماس القيمة، حتى لو نزلت قيمة العقار وقت الطعن بالغبن إلى سبعائة فأصبح الثمن مساوياً لقيمة العقار وقت رفع الدعوى.

وكذلك العبرة بالثمن الذي يستحقه صاحب العقار المبيع، ولا تدخل المصروفات فهي لا تعود على صاحب العقار بفائدة (٢).

ب - ما يترتب من الأثر على تحقق الغبن الفاحش

٢٢٣ - وهو مشكلة الثمن: ليس الغبن سبباً من أسباب إبطال البيع وإنما هو سبب لتسكلة الثمن (٢). ذلك أن المشرع لا يسمح بأن يباع عقار غير كامل الأهلية بأقل من أربعة أخماس قيمته، فإذا بيع بأقل من ذلك

في الأهلية ولا إلى تخلف السبب جزئياً ولا إلى مسئولية تفصيلية، وإنما ترجع إلى فكرة التعادل ما بين المبيع والثمن، ولذلك جاء الكلام فيها بعد الكلام في تقدير الثمن، وهكذا فعل التقنين المدني الجديد. والقانون عندما يتطلب هذا التعادل في حالة القاصر والمحجور لا يتسامح إلا في سبب لا يزيد على خمس القيمة، ولذلك كان الغبن الفاحش عيباً في العقد ذاته أي في التعادل ما بين المبيع والثمن (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٥٢ - وقارن الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٧ - ص ١٩).

(١) كذلك إذا كان البيع إنما وقع تنفيذاً لوعده سابق بالمبيع ذكر فيه الثمن، فالعبرة بقيمة العقار وقت ظهور رغبة الموعود له، بالمبيع في شراء العقار، إذ في هذا الوقت يتم البيع. ولا يعتد بوقت الوعد بالمبيع، وقد ترتفع قيمة العقار أو تنخفض كما قد تتغير قيمة العملة، والاعتبار في كل ذلك إنما يكون بالوقت الذي يتم فيه البيع أي عند ظهور رغبة الموعود له الشراء (لا يزال وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٤).

(٢) لا يزال وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٤٣ ص ٢٩٥.

(٣) سننات وطني ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٢ الحامية ٤ رقم ١/١٨١ ص ١٥٠ - استئناف مغلط ٣٠ مايو سنة ١٩٩٥ م ٧ ص ٣٠٩.

لم يبطل البيع ، ولكن يستكمل الثمن إلى أن يصل إلى أربعة أخماس القيمة (١) . وبذلك يتحقق غرض المشرع من أن غير كامل الأهلية لا يغبن في أكثر من الخمس ، وهو المقدار الذي يتغابن فيه الناس عادة . ولا يكون الغبن سبباً في إبطال البيع ، إلا إذا كان نتيجة غلط أو تدليس (٢) .

والذي يرفع الدعوى هو صاحب العقار المبيع ، بنفسه أو بورثته من بعده أو بواسطة وليه . يرفعها بنفسه عند بلوغه من الرشد وإجازته للبيع إذا كان هو الذي باشر . فإذا مات قبل بلوغ من الرشد أو بعد بلوغه هذه السن وقبل تقادم دعوى الغبن ، رفعها ورثته من بعده (٣) . ويرفعها وليه نيابة عنه إذا كان هو لا يزال قاصراً ، سواء باشر القاصر البيع بنفسه أو باشره عنه الولي بعد إذن المحكمة (٤) . وترفع الدعوى على المشتري أو ورثته ، لأن تكملة الثمن التزام في ذمة المشتري (٥) . وترفع أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المشتري ، لأنها دعوى بحق شخصي (٦) . وعلى المدعى ، أى صاحب العقار

-
- (١) فإذا كان الثمن إيراداً مرتباً مدى الحياة ، قدرت تكلفة الثمن وفقاً لحساب المنج في شركات التأمين (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٣٠٢ هاشر ٣) .
ولم ينص التقنين المدني المصري ، كما نص التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٨٢) ، على أن للبائع المطالبة أيضاً بفوائد تكلفة الثمن بالسعر القانوني من وقت المطالبة القضائية بتكلفة الثمن . فلا بد من اتباع التواعد العامة في مصر ، فلا تكن المطالبة القضائية بتكلفة الثمن لاستحقاق الفوائد بالسعر القانوني ، بل لابد من المطالبة القضائية بالفوائد ذاتها .
(٢) استئناف مخطط ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ١٥٥ - ١٨ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٢١ .
(٣) والدعوى لا تنجز ، فإذا تعدد الورثة وجب أن يتفقوا جميعاً على رفعها (بلانيول وهامل ١٠ فقرة ٢١٠ ص ٢٩١) .
(٤) استئناف مصر ٣ أكتوبر سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١١٧ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٧٤ ص ١١٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٣٦ ص ٦٣ - وقارن الأستاذين أحمد نجيب الهلالى وحامد رك فقرة ٤٧٤ - الأستاذ سليمان مرقس فقرة ١٢٥ ص ١٧٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١١١ .
(٥) وإذا أخذ شفع العقار بالشفعة ، حل محل المشتري في الالتزام بتكلفة الثمن ، وورثت الدعوى عليه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٦٥ ص ٨٦) .
(٦) أما في فرنسا فهي دعوى فسخ يتفادها المشتري بتكلفة الثمن ، ومن ثم فهي دعوى مختلطة (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٢٣٧ ص ١٨٤) .

المبيع ، أن يثبت حقه في تكملة الثمن ، فيثبت أن قيمة العقار وقت البيع تزيد على الثمن بأكثر من خمس القيمة ، وله أن يطلب تعيين خبير لتقدير قيمة العقار وقت البيع . فإذا أثبت ذلك ، حكم القاضي على المشتري بتكملة الثمن إلى أن يبلغ أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع . ولصاحب العقار أن ينفذ بهذا الحكم على جميع أموال المشتري ، ويدخل في ذلك العقار المبيع ذاته ، لأن الحق شخصي في ذمة المشتري كما قدمنا فجميع أمواله ضامنة للوفاء به . بل إن تكملة الثمن - وهي جزء من الثمن - تكون مكفولة أيضاً بحق امتياز البائع على العقار المبيع (١) . فإذا بقي العقار في ملك المشتري ، فإن البائع بماله من حق امتياز يتقدم فيه على سائر دائني المشتري ويستوفي حقه قبلهم من ثمن هذا العقار . أما إذا تصرف فيه المشتري ، معاوضة أو تبرعاً ، فللبائع أن يتعبد في يد الغير بحق امتيازها إذا كان قد قيده قبل شهر التصرف الصادر من المشتري .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٦ مدني ، كما رأينا ، على أن تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب النبن إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع . وقد جعل التقنين المدني الجديد مدة التقادم ثلاث سنوات - وكان التقنين المدني السابق يجعلها سنتين (٢) حتى يتفق التشريع في دعاوى الإبطال مع دعوى تكملة الثمن (٣) . فإذا كان صاحب العقار المبيع صبياً ، فالولي أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال المدة التي يبنى فيها الصبي غير كامل الأهلية ، حتى إذا بلغ سن الرشد فله هو أن يرفع دعوى تكملة الثمن في خلال الثلاث السنوات التي تلي بلوغه هذه السن . فان مات قبل انقضاء الثلاث السنوات ، كان لورثته رفع الدعوى في المدة الباقية .

(١) ويجب شهر حق الامتياز من طريق قيد تكميل يأخذ مرتبته من وقت القيد (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباق ص ١١٥) .

(٢) فإذا كانت دعوى النبن قد تقادمت بسنتين قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، وهو يوم تقادم التقنين الجديد ، فإنها تسقط . أما إذا كانت مدة السنتين لم تنقض في هذا اليوم ، صحت أحكام التقنين الجديد وأكلت مدة التقادم إلى ثلاث سنوات .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٣٩ - وانظر آنفاً فقرة ٢١٧ في الهامش .

وإن مات قبل بلوغه سن الرشد ، فللورثة رفع الدعوى فى خلال ثلاث سنوات من وقت موته . والمدة مدة تقادم لأمدة سقوط ، فبرء عليها من أسباب الانقطاع ما يرد على سائر مدد التقادم . ولكنها لا توقف ، لأن التقادم الذى لا يزيد مدته على خمس سنوات لا يرد عليه الوقف بسبب عدم توافر الأهلية ولو لم يكن للدائن نائب يمثله (م ٣٨٢ / ٢ مدنى) . أما إذا كان صاحب العقار محجوراً عليه ، فإنه يكون للقيم أن يرفع دعوى تكملة الثمن طوال مدة الحجر . فإن مات صاحب العقار وهو لا يزال محجوراً عليه ، فلورثته رفع الدعوى فى خلال ثلاث سنوات من وقت موته . وإذا رفع الحجر كان لصاحب العقار نفسه أو لورثته من بعده رفع الدعوى فى خلال الثلاث سنوات التى تلى رفع الحجر على النحو الذى تقدم فى شأن القاصر (١) .

وقد قلنا أن دعوى تكملة الثمن قد يقترن بها دعوى إبطال البيع لنقص الأهلية (٢) . ودعوى الإبطال هذه تسقط هى أيضاً بالتقادم إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية أو من وقت موت البائع ، فمدة التقادم واحدة لكل من الدعويتين .

٢٢٤ - دعوى الفسخ : ولصاحب العقار المبيع إذا لم يدفع له المشتري تكملة الثمن بعد الحكم بها عليه ، أن يطلب أيضاً فسخ البيع ، شأنه فى ذلك

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « وتسقط للدعوى ثلاث سنوات من وقت الأهلية الكاملة أو من وقت وفاة غير كامل الأهلية ، وتنقل الدعوى فى هذه الحالة إلى الورثة ، ولا يوقف التقادم حتى لو كان بين الورثة من هو غير كامل الأهلية ولم يكن له نائب شرعى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠) .
ويلاحظ أنه إذا بلغ البائع سن الرشد أو انتهر الحجر فبدأ سريان مدة الثلاث سنوات ، فإن هذه المدة لا تنقضى ولو حجب فى خلالها على البائع ، لأن الوقف لا يرد عليها كما سبق القول (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٧٦) .

ويجوز بهذا أن يستكمل البائع أهليته أن ينزل عن دعوى تكملة الثمن وعن دعوى الإبطال . أما وهو لا يزال غير كامل الأهلية ، فلا يجوز له ذلك ، بل لا يجوز ذلك أيضاً للورث ولا للمكة (الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٤٧٣) .

(٢) أما دعوى الاستفلال فصلى لكامل الأهلية ، إذ أن غير كامل الأهلية ليس فى حاجة إليها ومنه ما هو أقوى منها وهى دعوى الإبطال (قارن الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٤٧)
(م ٢٦ - الوسيط ج ٤)

شأن كل بائع لم يستوف الثمن بأكمله (١). فإذا فسخ البيع ، استرد البائع
العقار ورد ما قبضه من الثمن ، ولكن له أن يطلب الحكم على المشتري
بتعويض (٢) .

ويسترد البائع العقار بعد الفسخ من تحت يد المشتري . فإذا كان المشتري قد
نصرف في العقار معاوضة أو تبرعاً ، فإن المنصرف إليه إذا كان حسن النية -
وحسن النية مفروض فيه (٣) - لا يصبية ضرر من دعوى الفسخ . ذلك أن
دعوى تكملة الثمن وما ينتج عنها من دعوى الفسخ لا تلحق ضرراً بالغير حسن
النية إذا كسب حقاً عينياً على العقار المبيع (م ٤٢٦ / ٢ ملغى) (١) . ومن ثم
لا يستطيع البائع أن يسترد العقار من تحت يد الغير حسن النية ، ولا يبنى له
إلا الرجوع بالتعويض على المشتري (٥) . فإذا استطاع البائع أن يثبت سوء
نية الغير أى أن يثبت أن الغير كان يعلم وقت تعامله مع المشتري بقيام
دعوى تكملة الثمن ، جاز له بعد فسخ البيع أن يسترد العقار من تحت يد الغير
سواء النية .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى : « فإذا حكم بالتكلة ، ولم يدفعها
البائع ، جاز فسخ البيع - لا إبطاله - تطبيقاً للقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية
٤ ص ٤٠) . ولصاحب العقار المبيع كذلك أن يمنع من تسليم المبيع إلى المشتري ، إذا كان
لم يسلمه إياه ، وذلك إلى أن يستوفى تكلة الثمن ، وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ العقد .
(٢) فإذا كانت قيمة العقار قد نزلت إلى أقل من أربعة أخماسها ، واسترد البائع العقار ،
كان له أن يطلب تعويضاً هو الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وقيمه بعد النزول .
(٣) ولكنه يعتبر سبباً النية من وقت أن يسجل البائع عريضة دعوى الفسخ ، فإذا لم يكن
المنصرف إليه قد شتره حقه المبنى - ملكية أو حق ارتفاق أو حق رهن أو حق اختصاص أو غير
ذلك - قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ ، سرى الفسخ في حقه . أما إذا كان قد شتره حق
قبل تسجيل عريضة دعوى الفسخ ، فلا يسرى في حقه الفسخ إذا كان حسن النية ، فإن كان
سبباً النية سرى الفسخ في حقه .

(٤) المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٠ .
(٥) ولا يكتفى في التعويض باستكمال الثمن إلى أربعة أخماس قيمة المبيع ، بل يطلب قيمة المبيع
كاملة إذا كانت هذه القيمة لم تنزل . ذلك أن البائع بعد الحصول على حكم بفسخ البيع ، انتقل
حقه من استكمال الثمن إلى استرداد المبيع ذاته ، فإن تمرد عليه الاسترداد بفعل المشتري وجب
على هذا تعويض كامل أى دفع قيمة المبيع (قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٥٥) .

وحتى من اليان أن دهرى الفسخ مستقلة عن دعوى تكملة الثمن ،
وإن كانت تقوم نتيجة لها (١) . فلا تسقط دعوى الفسخ إلا بانقضاء
خمسة عشرة سنة من وقت قيام سبب الفسخ أى من وقت امتناع المشتري عن
دفع تكملة الثمن ، وهذا بخلاف دعوى تكملة الثمن فانها تسقط بثلاث سنوات
على التفصيل الذى قلناه .

(١) وفى القانون الفرنسى ، كما رأينا ، يطلب البائع فسخ البيع ، فيستطيع المشتري أن يتفادى
الفسخ بتكملة الثمن . فالبائع فى القانون الفرنسى يبدأ بدعوى الفسخ ، وينتهى بتكملة الثمن . أما
البائع فى القانون المصرى فيبدأ بدعوى تكملة الثمن ، وينتهى بالفسخ .

الفصل الثاني

الآثار التي تترتب على البيع

٢٢٥ - تطبيق القواعد العامة : البيع عقد ملزم للجانبين ، فالآثار التي تترتب عليه هي التزامات في جانب البائع والتزامات مقابلة في جانب المشتري (١).
ونبحث هنا التزامات البائع ، ثم التزامات المشتري (٢) .

(١) فإذا لم يتم أحد المتباينين بالتزاماته ، جاز للأخر وفقاً للقواعد العامة ، فسخ البيع . وجاز له أيضاً حبس المبيع إذا كان هو البائع ، أو حبس الثمن إذا كان هو المشتري . وللبائع حق امتياز على المبيع يكفل له استيفاء الثمن بأكمله ، ومحل بحثه عند الكلام في حقوق الامتياز .
(٢) ويلاحظ أنه في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري تسري القاعدة التي تقضي بأن يكون التفسير لمصلحة الملتزم ، فيكون تفسير التزامات البائع لمصلحة البائع وتفسير التزامات المشتري لمصلحة المشتري . وقد قضت المادة ١٦٠٢ من التقنين المدني الفرنسي بأن التفسير يكون دائماً لمصلحة المشتري ، وقد اعتبر القضاء الفرنسي هذا النص استثناء فلم يتوسع في تطبيقه ، وقصره على الشروط المألوفة في المبيعات ، أما الشروط غير المألوفة التي تعهد بها البائع فته لمصلحته (بودرى وسينيا فقرة ٢٨٣ — فقرة ٢٨٤ — وانظر آنفاً فقرة ٢٤٤) .

وقد كان القضاء المختلط يفسر البيع لمصلحة المشتري إذا تطرق الشك إلى بيان الشيء المبيع مع أن هذا داخل في التزامات البائع فكان ينبغي أن يفسر لمصلحته لا لمصلحة المشتري . وكان هذا القضاء يستند في ذلك إلى أن البائع أدري بالشيء المبيع ، فإذا لم يبينه بياناً كافياً فهو المقصر وفسر الشك له . (استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٩٥ — ١٩ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١١٩ — ١٠ مايو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٨ — ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٨) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أيضاً بأنه إذا أخذ المشتري على عاتقه قيمة الرهن الذي يشتمل العين المبيعة ، فالفرق بين قيمة الرهن الحقيقية والقيمة المسماة في هذا البيع يفيد منها المشتري لأن الشرط يفسر لصالحه (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٦٢) . وكان القضاء المختلط يجري بذلك على حكم نص التقنين المدني الفرنسي ، مع أن نص المادة ١٦٠٢ من هذا التقنين لم تنقل في التقنين المدني المختلط . هل أن محكمة الاستئناف المختلطة قضت مع ذلك في حكمها بأن القواعد العامة هي التي تسري في تفسير التزامات كل من البائع والمشتري ، فالشك في الثمن يفسر لمصلحة المشتري والشك في المبيع يفسر لمصلحة البائع (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٥) .

وقد قضت محكمة النقض أخيراً بأنه متى تبين أن محكمة الموضوع قد فسرت شروط البيع في =

الفرع الاول

التزامات البائع

٢٢٦ - التزامات أربعة : يلتزم البائع بموجب عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اتفاق خاص ، بالتزامات أربعة : (١) نقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) تسليم المبيع له (٣) ضمان التعرض والاستحقاق (٤) ضمان انقياب الخفية (١) .

المبحث الأول

نقل ملكية المبيع

٢٢٧ - المفهوم بالمبيع - فرق النصوص القانونية : قدمنا (٢) أن المبيع قد يكون حق ملكية وهو الغالب ، وقد يكون حقاً عينياً آخر مت فرعاً من حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة وحق الارتفاق وحق الحكر ، كما يكون حقاً شخصياً فيسمى البيع عندئذ بحالة الحق ، بل قد يكون المبيع حقاً معنوياً كحقوق المؤلف والملكية الثنية والملكية الصناعية .

= خصوص تحديد كية المبيع تعبيراً أساساً لم تخرج به عن حد حمل عباراتها على ما يمكن أن نحتمله ، ودعت حكمها في هذا الخصوص بما يؤيده من اعتبارات معقولة ، فإن ذلك مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع التي لا رقابة لمحكمة النقض عليها (نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٩ ص ٢٢٣) .

(١) وقد أورد تقنين الموجبات والمقود البناني النصوص المتعلقة بانتقال ملكية المبيع في فصل خاص ، ثم أورد بعد ذلك سائر التزامات البائع ، بعد أن جمع على غرار التقنين المدني الفرنسي بين ضمان التعرض والاستحقاق و ضمان انقياب الخفية تحت عبارة « ضمان المبيع » ، فنص في المادة ٤٠١ م. (أنظر أيضاً المادة ١٦٠٣ مدني فرنسي) على ما يأتي : « هل البائع واجبان أساسيان : أولاً تسليم المبيع . - ثانياً ضمان المبيع » .

(٢) أنظر آنفاً فترة ١٠١ .

وفي جميع هذه الأحوال ينقل البيع الحق كما هو ، بمقوماته وخصائصه ، من البائع إلى المشتري طبقاً للقواعد والإجراءات التي قررها القانون . فبيع الدار يترتب عليه نقل ملكية الدار إلى المشتري ، وبيع حق الانتفاع يترتب عليه نقل حق الانتفاع (أو ملكية حق الانتفاع) ، وبيع الحق الشخصي يترتب عليه نقل ملكية الحق الشخصي ، وبيع حق المؤلف يترتب عليه نقل ملكية هذا الحق ، وهكذا . وهذا هو الذي نعنيه بنقل ملكية المبيع .

وقد نظم التقنين المدني نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في نصوص متفرقة ، هي المواد ٢٠٤ إلى ٢٠٧ مدني والمواد ٢٢٨ إلى ٤٣٠ مدني والمواد ٩٣٢ إلى ٩٣٤ مدني ، وسنعرض لهذه النصوص فيما يلي . أما نقل الحق الشخصي - وهذه هي حوالة الحق - فقد عرض له التقنين المدني في المواد ٣٠٣ إلى ٣٢٤ مدني ، وقد سبق بحث حوالة الحق في الجزء الثالث من الوسيط فنستبعدا من بحثنا هذا . وكذلك نستبعد نقل الملكية المعنوية كحقوق المؤلف لأنها قرابين خاصة أشارت إليها المادة ٨٦ مدني إذ تقول : « الحقوق التي نزد على شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة » .

فيبقى إذن للبحث نقل حق الملكية والحقوق العينية الأخرى المتفرعة عن الملكية ، وذلك عن طريق عقد البيع . وهذه هي الحقوق التي نعنيها بلفظ « المبيع » ، فإذا قلنا نقل الملكية في المنقول أو في العقار ، قصدنا بذلك نقل الملكية في منقول أو عقار ، أو الحقوق المنشئة عن حق الملكية وتكون واقعة على منقول أو عقار . وعلى هذا الوجه نبحت ما يأتي : (١) نقل الملكية بوجه عام (٢) نقل الملكية في المنقول (٣) نقل الملكية بالعقد .

المطلب الأول

نقل الملكية بوجه عام

٢٢٨ - سائل مهم : لم يكن البيع في القديم يولد التزاماً بنقل الملكية ، فلم يكن عقداً ناقلاً للملكية . ولكنه تطور بعد ذلك تدرجاً ، حتى أصبح ينقل الملكية فنبحت في هذا الصدد مسائل ثلاثاً : (١) التطور التاريخي

للبيع كعقد ناقل للملكية (٢) تحليل معنى نقل الملكية (٣) ما يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما يترتب على نقل الملكية فعلاً .

١٥ - التطور التاريخي للعقد ناقل للملكية

٢٢٩ - البيع في القانون الروماني : كان البيع في القانون الروماني عقداً لا ينقل الملكية بذاته ، بل الذي كان ينقل الملكية هو وضع من الأوضاع المادية المعروفة في هذا القانون : الإشهاد (mancipatio) أو التنازل القضائي (jure in cessione) أو القبض (traditio) أو التقادم (usucapio) .

بل لم يكن البيع يترتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، وكان كل ما يلتزم به البائع بمجرد البيع - ما لم يوجد شرط صريح في العقد يلزمه بنقل الملكية - هو أن ينقل إلى المشتري حيازة هادئة بموجبها يضع يده على المبيع كمالك دون أن يتعرض له أحد ودون أن يتعرض له البائع نفسه . فكان البائع ، إلى جانب التزامه بنقل هذه الحيازة ، يلتزم أيضاً بضمان التعرض الصادر من جهته هو أو الصادر من أجنبي . وكان هذا يعتبر كافياً لتحقيق الغرض الذي يستهدفه البيع ، فما دام المشتري واثقاً يده على المبيع بحوزة حيازة هادئة ، ويستفيد به بجميع الطرق المنشروعة ، دون أن يتعرض له أحد في ذلك ، فما عليه ألا يكون مالكا وقد حوى في يده جميع الميزات التي يتوخاها من كسب هذه الملكية . وكان يترتب على ذلك أن البائع في القانون الروماني يصح أن يستبقى الملكية عنده دون أن ينقلها إلى المشتري ، والضمان الذي يكفل للمشتري تحقيق غرضه هو التزام البائع بعدم التعرض له . بل كان يترتب على ذلك أن الشخص كان يستطيع بيع ملك غيره ، وكان بيع ملك الغير صحيحاً ما دام البائع ، دون أن يكون مالكا ، قادراً على نقل حيازة المبيع إلى المشتري على النحو الذي أسلفناه ، وقادراً في الوقت ذاته على منع أي عمل يكدر على المشتري حيازته إذ هو ضامن له التعرض والامتنعاق كما سبق القول .

على أن البيع في القانون الروماني ، إذا كان لا يلتزم نقل الملكية ، كان من طبيعته نقلها . والدليل على ذلك أمران : (أولهما) أنه كان يجوز للمشتري

أن يشترط في عقد البيع على البائع أن ينقل له ملكية المبيع ، وكان هذا الشرط صحيحاً لأنه يتألف مع طبيعة البيع ، وعند ذلك كان على البائع أن ينقل ملكية المبيع للمشتري ولا يتنصر على نقل الحيازة المادية . (والأمر الثاني) أنه كان لا يجوز للبائع أن يشترط على المشتري ألا ينقل له ملكية المبيع ، فهذا الشرط يتنافى مع طبيعة البيع ، ومن ثم كان غير جاز (١) .

٢٣٠ - البيع في القانون الفرنسي القديم : وانتقلت أحكام

القانون الروماني في هذا الصدد إلى القانون الفرنسي القديم ، فكان البيع لا ينقل الملكية ولا يرتب التزاماً بنقلها . وبنى من طرق نقل الملكية ، وهي الأوضاع المادية التي كانت سائدة في القانون الروماني ، القبض وحده ، بعد أن اختفى الإشهاد والتنازل القضائي . فكان البيع في القانون الفرنسي القديم ينقل إلى المشتري حيازة هادئة على أساس أنه مالك ، ولم تكن الملكية تنتقل إليه إلا بالقبض ، ومن ثم كان بيع ملك الغير صحيحاً في هذا القانون . وبقى القانون الفرنسي القديم على هذا النحو إلى آخر مراحل ، حتى أن بوتيه ، وهو الفقيه الذي ختم عهود القانون الفرنسي القديم ، لم يدخل في تعريف البيع أنه ينقل الملكية إلى المشتري (٢) .

على أن تطور القانون الفرنسي القديم طوال مراحل أدى إلى أن يكون البيع

(١) والسبب في أن القانون الروماني لم يكن يجعل البيع ناقلاً للملكية أن حق التملك كان مقصوراً على المواطن الروماني . ولما ألزمت ضرورات التطور التعامل مع غير المواطنين الرومانيين ، ووجب التوفيق بين هذه الضرورات وبين القواعد القانونية العتيقة ، جعل أثر البيع مقصوراً على تمكين المشتري من الاستفاد بالمبيع ، وبهذا تيسر التعامل مع غير المواطنين الرومانيين (كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٠٨) .

(٢) فقد عرف بوتيه "بيع على النحو الآتي : البيع عقد بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين ، وهو البائع ، نحو المتعاقد الآخر أن ينقل إليه شيئاً يحوزه كمالك (lui faire avoir librement à titre de propriétaire une chose) لقاء ثمن هو مبلغ معين من النقود ، ويلتزم المتعاقد الآخر ، وهو المشتري ، في مقابل ذلك أن يدفع الثمن (بوتيه في عقد البيع فقرة ١) ، ويقول بوتيه ، في تعليقه على هذا التعريف ، إن البائع يلتزم بتسليم الشيء إلى المشتري وبضمان التعرض والاستحقاق ، ولكنه لا يلتزم بنقل الملكية فعلاً إلى المشتري (بوتيه في البيع فقرة ١ - وانظر بودرى وسينيا فقرة ٦ ص ٥) .

صيلاً غير مباشر لنقل الملكية ، لا لأنه كان يرتب التزاماً بنقل الملكية ، بل لأن التعامل قد جرى على أن تنتقل الملكية إلى المشتري بالقبض . ثم ألف الناس أن يجعلوا هذا القبض أمراً ضرورياً ، فكانوا يكتبون في بيعاتهم أن القبض قد تم (clause de dessaisine-saisine, vest et devest) فكان من وراء هذا القبض الصوري أن تنتقل الملكية إلى المشتري ، والمفروض أنها انتقلت بالقبض ، والواقع أنها انتقلت بذكر حصول القبض في العقد . على أن ذكر حصول القبض مالم يثبت أن أصبح هو أيضاً شرطاً مألوفاً (clause de style) في عقد البيع .

٢٣١ - البيع في الفقه الإسلامي : وقد جاوز الفقه الإسلامي هذه المرحلة

التي وصل إليها القانون الفرنسي القديم ، فجعل الملك ينتقل بالعقد مباشرة ، ويصبح المشتري للمقار أو للمنقول مالكا للمبيع بمجرد العقد . وقد جاء في البدائع (١) : « وأما بيان صفة الحكم فله صفتان . . الثانية الحاول ، وهو ثبوت الملك في البدلين للحال ، لأنه تملك بتمليك ، وهو إيجاب الملك من الجانبين للحال ، فيقتضي ثبوت الملك في البدلين للحال . بخلاف البيع بشرط الخيار ، لأن الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ، فيمنع وقوعه تملكاً للحال . وبخلاف البيع الفاسد ، فإن ثبوت الملك فيه موقوف على القبض ، فيصير تملكاً عنده . » . وبين من هذا النص أن العقد ذاته هو الذي ينتقل الملك ، وفي ذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني . ففي الفقه الإسلامي ينتقل الملك بالعقد ، أما في الفقه اللاتيني فالعقد ينشئ التزاماً بنقل الملك ويتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فينتقل الملك ولكن تنفيذاً للالتزام لا بحكم العقد .

وقد كان مقتضى انتقال الملك إلى المشتري بالبيع في الفقه الإسلامي أن يملك المشتري التصرف في المبيع بمجرد البيع ، حتى قبل القبض . وهذا هو مذهب مالك (٢) ، أما عند الشافعية والحنابلة فلا يجوز للمشتري أن يتصرف في المبيع

(١) جزء ٥ ص ٢٤٢ .

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢ ص ١٢٥ .

قبل قبضه سواء كان منقولاً أم عقاراً (١) . وأما عند الحنفية فلا يجوز للمشتري التصرف في المنقول قبل قبضه إذ يجوز أن ي تلف قبل القبض فيبطل البيع بذلك ويؤدي إلى الضرر بالمشتري الجديد ، ويجوز التصرف في العقار قبل قبضه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لأن هلاك العقار غير محتمل (٢) .

وبمخلص مما تقدم أن الملك ينتقل بالبيع في الفقه الإسلامي ، ولكن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً ، فهو الذي يظن أن المشتري في التصرف في أكثر المذاهب على ما رأينا .

٢٣٣ - البيع في القانون المحدث - القانون الفرنسي والقانون

المصري : ولما رأى واضعو تقنين نابليون إلى أين انتهى التطور في القانون الفرنسي القديم على النحو الذي أسلفناه ، خطوا آخر مرحلة من مراحل هذا التطور ، فجعلوا البيع ذاته ناقلاً للملكية إذ يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقلها إلى المشتري . وإذا كانت الفقرة الأولى من المادة ١٥٨٢ من التقنين المدني الفرنسي لا تزال تحمل أثر القانون الفرنسي القديم (٣) ، إلا أن سائر النصوص في هذا التقنين قاطعة في أن البيع أصبح بذاته ناقلاً للملكية . من ذلك المادة ١٥٨٣ مدني فرنسي وهي تقول : . . يكسب المشتري من البائع قانوناً ملكية المبيع ، بمجرد اتفاقهما

(١) ويذكرون لتعليل ذلك أسباباً مختلفة : منها أن انتقال ملك المبيع إلى المشتري لا يتأكد إلا بالقبض ، فإذا تأكد بالقبض استطاع المشتري أن يتصرف فيه . ومنها أن المبيع قبل القبض يكون في ضمان البائع لا في ضمان المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يبيع ما ليس في ضمانه . ومنها أن المشتري الذي يبيع ما لم يقبض لا يكون قادراً على التسليم ، فلا يجوز له أن يبيع المبيع حتى يقبضه ليكون قادراً على تسليمه . انظر الأمل للشافعي جزء ٣ ص ٦٠ - فتاوى ابن تيمية ٤ ص ٧٤ - ص ٧٥ .

(٢) مختصر الطحاوي ص ٨٤ - ص ٨٥ .

(٣) إذ تعرف البيع على الوجه الآتي : * البيع اتفاق بموجبه يلتزم أحد المتعاقدين بتسليم المبيع ، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه * . وهذا هو الأصل الفرنسي للنص :

Art. 1582 : La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

هل المبيع والثمن ، ولو كان المبيع لم يسلم . الثمن لم يدفع (١) .
وجاءت نصوص التقنين المدني المصري - القديم والجديد - صريحة في أن
البائع يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري (٢) .
ومن ثم صار بيع ملك الغير لا يتلاءم مع طبيعة البيع بعد أن أصبح البيع
ناقلًا للملكية ، فجاءت النصوص صريحة في بطلان بيع ملك الغير في كل من
التقنين المدني الفرنسي والتقنين المدني المصري ، وقد سبق بيان ذلك تفصيلاً .

٢٤ - تحليل معنى نقل الملكية

٢٣٣ - الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فمصر : يجب التمييز
بين ترتيب البيع لالتزام بنقل الملكية وبين تنفيذ هذا الالتزام بنقل الملكية فعلاً ،
وإن كان الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه كقاعدة عامة فوراً بمجرد نشوئه . على
أنه قد سبق تنفيذ الالتزام بنقل الملكية أعمال تمهيدية يلتزم بها البائع ، ولا بد
هل كل حال من توافر شروط معينة حتى يتم نقل الملكية فعلاً . فإذا قام البائع بما
هسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقل الملكية ، وتوافرت الشروط
الواجبة لنقلها ، انتقلت فعلاً من البائع إلى المشتري بحكم القانون وقد كسبها
المشتري بعقد البيع .

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي للنص :

Art. 1583 : ... la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard
du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la
chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé.

وانظر أيضاً المادتين ٧١١ و ١١٢٨ من التقنين المدني الفرنسي ، وانظر الأعمال التحضيرية
للتقنين المدني الفرنسي وهي تصرح بأن هذا التقنين جعل البيع ينقل ملكية المبيع من تلقاء نفسه
(برودى وسينيا فقرة ٨ - فقرة ١٠) . وهذا لا يمنع من أن تكون هناك إجراءات تلابس
عقد البيع لينقل الملكية ، إما بالنسبة إلى الغير ، أو حتى فيما بين المتعاقدين . فتسجيل عقد البيع
في المقار ضروري في القانون المصري : لا فحسب لنقل الملكية في حق الغير ، بل أيضاً لنقلها
فيما بين المتعاقدين .

(٢) فنصت المادة ٢٣٥/٣٠٠ من التقنين المدني السابق على أن « البيع عقد يلتزم به أحد
المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام ذلك الآخر بدفع ثمنه المتفق عليه بينهما » .
وفنصت المادة ١٨٨ من التقنين المدني الجديد على أن « البيع عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري
ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي » .

فتكلم إذن في القاعدة التي تقضى بأن الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون ، وفي التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية ، وفي الشروط الواجب توافرها لنقل الملكية فعلاً .

٢٣٤ - الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون :

جرى للتقنين المدني المصري على تقاليد القوانين اللاتينية في الطريقة التي بموجبها ينقل البيع الملكية إلى المشتري . فالبيع ينشئ أولاً التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، ثم يتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون ، إذا توافرت الشروط المطلوبة ، فتنقل الملكية فعلاً إلى المشتري . فيبدو أن نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع ، ولكن نقل الملكية من ناحية الصناعة الفنية ليس إلا تنفيذاً للالتزام بنقلها ، والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الالتزام .

فالقاعدة إذن أن الالتزام بنقل الملكية ينتقل الملكية من تلقاء نفسه متى قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التمهيدية لنقلها ، ومتى توافرت الشروط الواجبة لذلك . وهذا ما قرره المادة ٢٠٤ مدني إذ تقول : « الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدته المادة ٩٣٢ مدني وأحالت على النص السالف انذكر إذ تقول : « تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمنتصرف طبقاً للمادة ٢٠٤ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » (١) .

وقد سبق أن عالجنا هذه المسألة في الجزء الثاني من الوسيط (٢) ؛ فكتبنا ما يأتي : « وبالأخص أن التقنين الجديد سار على النظرية التقليدية من أن نقل

(١) وقد نصت المادة ٣٩٣ من تقنين الموجبات والمقود البناني على ما يأتي : « إن بيع العقار أو الحقوق العينية المترتبة على أي عقار لا يكون له مفعول حتى بين المتعاقدين إلا من تاريخ قيده في السجل العقاري » . ونصت المادة ٣٩٤ من نفس التقنين ما يأتي : « إن المشتري يكتسب حتماً ملكية المبيع إذا كان عيناً معينة عندما يصبح لبيع تاماً باتفاق المتعاقدين ، ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف كالنص الوارد في المادة السابقة . ويكون الأمر كما تقدم حتى في الحالتين الآتيتين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل . ثانياً - إذا كان البيع منقده على شرط الإلغاء » .

(٢) فقرة ٤١٦ .

الملكية يسبقه التزام بنقلها ، وهذا الالتزام يتم تنفيذه . . تلقاء نفسه تنتقل الملكية إلى المشتري بحكم القانون ، وينقضى الالتزام بنقل الملكية بمجرد نشوئه . وهذا الوضع بقية تختلف عن تقاليد القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد . ثم كتبنا في الحاشية « وبذهب بنكاز Bonnecase إلى أنه لا يوجد اليوم ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام وهوام يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن يبدأ . ويمكن للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن المعتقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذي رتب الأثر : أنظر التصرف القانوني والواقعة القانونية دروس لقسم الدكتوراه للمؤلف ص ٧٧ . على أنه في بلد تتبع نظام السجل العقاري Livre Foncier يبرز التمييز بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية بالفعل : فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه . . يقتصر على إنشاء التزام بنقلها ، أما نقل الملكية بالفعل فلا يتم إلا بتسجيل العقد في السجل العقاري . وفي فترة الانتصاف التي تجتازها مصر اليوم إلى نظام السجل العقاري يبرز أيضاً هذا الفرق بين الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية باسـس ، فالعقد يـشـيء التزاما بنقل الملكية ، ولا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . »

قلنا إنه قد توحد أعمال ضرورية يلتزم البائع القيام بها تمهيداً لنقل الملكية ، وهناك شروط يجب توافرها حتى يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية فوراً بحكم القانون فتنتقل الملكية فعلاً إلى المشتري ، فما هي هذه الأعمال ؟ وما هي هذه الشروط ؟

٢٣٥ - التزام البائع بالأعمال التمهيديّة الضرورية لنقل

الملكية - نص قانوني : تنص المادة ٤٢٨ من التقنين المدني على أنه « يلتزم البائع أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إلى المشتري ، وأن

(١) قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١١ ص ١٥ - ص ١٦ وفترة ٨٠

ب. عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق مستحيلاً أو عسيراً (١) .

فقد تكون هناك أعمال ضرورية ، إيجابية أو سلبية ، لا بد أن يقوم بها البائع أو يكف عنها حتى يمكن أن ينتقل الحق المبيع (٢) إلى المشتري . وتورد المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أمثلة لهذه الأعمال فتقول : قد يطلب من البائع أن يقوم بأعمال مادية ، إيجابية أو سلبية ، من شأنها أن تجعل نقل الملكية متيسراً . من ذلك تقديم الشهادات اللازمة للتسجيل ، وتصديق البائع - إمضائه تمهيداً لتسجيل العقد ، وشطب التكاليف المقررة على العين قبل البيع ، وفرز المثليات ، والامتناع عن التصرف في العين تصرفاً يضر بالمشتري (٣) . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : يلزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . وورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٦٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التفتين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤١ من المشروع التامى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٢٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢ - ص ٤٣) . ولا مقابل لهذا النص في التفتين المدنى السابق ، ولكن حكمه كان مصولاً به دون نص لا ثقافه مع القواعد العامة .

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدنى السورى المادة ٢٩٦ (مطابقة) ، وفي التفتين المدنى الليبى المادة ٤١٧ (مطابقة) ، وفي التفتين المدنى العراقى المادة ٥٣٥ (مطابقة) ، ولا مقابل لها في تفتين الموجبات والعقود اللبنانى ولكن الحكم متفق مع القواعد العامة في القانون اللبنانى . انظر في القانون المدنى السورى الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٨٩ - فقرة ٩٠ ، وفي القانون المدنى العراقى الأستاذ عباس حنين الصراف فقرة ٢٩٨ - فقرة ٢٩٩ .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في عبارة « الحق المبيع » : « وهذه عبارة عامة لا تقتصر على نقل الملكية ، بل تشمل أى حق عينى أو شخصى يقع عليه البيع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٣) . وبديهي أن التزام البائع بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الحق يقصد به أن يفرم بما هو ضرورى من جانبه ، ولا شأن له بما يجب على المشتري أن يقوم به لنقل الملك (قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٢٢٩ هامش ١) .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٢ .

التمهيدى في صدد هذا النص : « وعلى البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، كأن يبين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف : وعليه أن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع كاستندات الملكية والعقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري وصورة من المستندات التي يستقيها لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشتري (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) » .

ويتبين مما قدمناه أن هناك نوعين من الأعمال يلزم البائع بهما ، أعمالاً إيجابية وأعمالاً سلبية (٣) .

أما الأعمال الإيجابية التي من شأنها التمهيد لنقل الملكية ، فثلها في العقار تصديق البائع على إمضائه حتى يتمكن المشتري من تسجيل العقد (٤) ، وشهر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ص ٥٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ في الهامش .

(٣) استئناف محنط ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠١ - ٧ فبراير سنة

١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ .

(٤) ولكن كتابة العقد وما يترتب ذلك من إجراءات في قسم المساحة وإعداد العقد بوجه هام للتسجيل يقع على المشتري لا على البائع ، وليس البائع ملزماً إلا بتقديم البيانات اللازمة لإعداد العقد للتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن : « كما قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وللقرارات الصادرة بتنفيذه تحتم دفع رسوم التسجيل مع رسوم التصديق على الإضاءات عند تقديم العقد للتوقيع عليه . ولما كان المشتري هو الملزم بدفع هذه الرسوم ، فإنه هو الذى يكون عليه تجهيز العقد بناء على البيانات التى يحصل عليها ، سواء من البائع أو من الأوراق ، وبعد ذلك يكون له أن يطالب البائع بالحضور إلى قلم كتاب المحكمة لإمضاء العقد . وإذن فمن الخطأ أن تعتبر المحكمة البائع ملزماً بتجهيز العقد وتقديمه للمشتري لإمضائه ، خصوصاً إذا كان العقد الابتدائي صريحاً فى أن البائع غير ملزم إلا بإمضاء العقد النهائي وكان المشتري لم يطلب من البائع فى الإنذار الذى وجهه إليه إلا الحضور إلى قسم المساحة لتحرير العقد النهائي (نقض مدر ٢٨ مايو سنة ١٩١٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨) . وقضت أيضاً بأنه إذا استخلص من نص العقد أن المشتري هو الذى يحضر العقد النهائي وأن ما ألزم به البائع هو أن يذهب مع المشتري فى اليوم الذى يحدده إلى ديوان المساحة لمراجعة العقد والمصادقة عليه أمام رئيس القلم ، تبين على المشتري ، بدلا من إنذار البائع بتحرير العقد النهائي فى أجل معين ،

حق الإرث الواجب حصته قبل تسجيل البيع (١) ، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كسندات ملكية البائع وشهادة الضريبة العقارية وبيان حدود العقار . ومثلها في المقول إفراد المبيع إذا لم يكن معبأً إلا بجنسه ونوعه ، لأن الملكية في هذه الحالة لا تنتقل إلا بالإفراز . أما بيان ما على للعقار من حقوق وتكاليف ، وشطب هذه الحقوق والتكاليف ، فهذا لا يبدو ضرورياً لنقل الملكية ، ولكنه لا يزال عملاً يلتزم به البائع ويدخل في التزامه العام بضمان الاستحقاق ، وسيأتي بيان ذلك . كذلك تقديم العقود المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسرى في حق المشتري : كعقد إيجار واقع على العين المبيعة وثابت التاريخ بحيث يسرى في حق المشتري وبيان بما لا يزال باقياً في ذمة المستأجر ، الأجرة ، وكعقد رهن نقل به المبيع فأصبح للدائن المرتهن حق تتبع العين في يد المشتري (٢) ، ليس ضرورياً لنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، وإن كان لا يزال التزاماً في ذمة البائع تابعاً لا لزامه العام بضمان الاستحقاق .

وأما الأعمال السلبية التي يلزم البائع الكف عنها حتى ينسرد نقل الملكية المشتري ، فمثلها أن يتصرف البائع في العقار بعد البيع بحيث يتمكن المشتري من التسجيل قبل المشتري الأول ، وأن يتصرف البائع في المقول بعد البيع وسلمه للمشتري الثاني إذا كان هذا حسن النية . فيجب أن يكف البائع عن هذه الأعمال ، إذ من شأنها أن تجعل نقل الملكية إلى المشتري مستحيلاً ، ويمكن أن يندرج هذا الالتزام أيضاً تحت الالتزام العام بضمان التعرض والاستحقاق كما صرى . ومثل ذلك أيضاً أن يلحق البائع بالمبيع تلفاً أو تخريباً بحيث تهلك العين هلاكاً كلياً أو جريئاً فيتعدر انتدال ملكيتها خاصة إلى المشتري ، وهذا أيضاً

= وهو عمل لم يلتزم به ، أن يحدد في إداره يوماً للذهاب إلى ديوان المساحة (نقص مدني ١ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقص ٢ رقم ٧٨ من ٤٢٢) - أنظر أيضاً الأستاذ أمور سلطان فقرة ١٥٢ .

(١) الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٩ .

(٢) وقد يستحق البائع مستند الدين والرهن في يده لأنه لا يزال ملزماً بالدين ، ويعطى صورة من هذا المستند المشتري .

يمكن إدخاله تحت التزام البائع بضمان التعرض (١). وهناك من الأعمال ما لا يجعل نقل الملكية للمشتري مستحيلاً ولكن يجعله عسيراً. وهذه أيضاً يجب على البائع أن يكف عنها ، إذ النص كما رأينا يلزمه ، أى يكف عن أى عمل من شأنه أن يجعل نقل الملكية مستحيلاً أو عسيراً . مثل ذلك أن يخفى البائع مستندات ضرورية للتسجيل كشهادة الضريبة العقارية ، فهذه يجوز للمشتري الحصول عليها ولكن بمشقة ، فاذا أضافها يجعل نقل الملكية شاقاً ، ومن ثم يلزم البائع أن يكف عنه .

٢٣٦ - الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري :

فاذا قام البائع بالأعمال التمهيدية لنقل الملكية انتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري بحكم القانون ، وذلك إذا توافرت الشروط المذكورة في المادة ٢٠٤ مدني والمادة ٩٣٢ مدني السالف الذكر . وهي شروط ثلاثة : (١) أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات . (٢) أن يكون مملوكاً للبائع . (٣) وألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين (٢).

أما أن يكون المبيع عيناً معينة بالذات فهذا شرط طبيعي ، فان الملكية

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم قد استخلص عدم استحالة التنفيذ من أن التعاقد أبرم بعد صدور قانون تقسيم الأراضي رقم ٢ لسنة ١٩٤٠ ، وأن امتناع المساحة من تسجيل المقعد كان متوقفاً كآثر من أثر هذا القانون ، فلا يمكن للبائع أن يستفيد من رفض التسجيل لتذرع بفسخ المقعد لاستحالة التنفيذ ، فبذلك يكون استخلاصاً موضوعياً سائفاً لارقابة لمحكمة النقض عليه (نقض مدني ٢٨ يولي سنة ١٩٥٦ بمجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١٠ ص ٧٨٩) .

(٢) هذه هي الشروط اللازمة لانتقال الملكية فعلاً إلى المشتري ، ولا يشترط غيرها . فتنتقل الملكية إلى المشتري إذا توافرت هذه الشروط ، حتى لو كان متفقاً بين المتبايعين تأجيل تسليم المبيع ، أو تأجيل دفع الثمن ، أو دفعه أقساطاً على تفصيل منورده فيما بعد ، وحتى لو كان البيع معلقاً على شرط قاسخ . أما إذا كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فإن نقل الملكية يقف حتى يتحقق الشرط . وقد نصت المادة ٢٩٤ من قانون الميراث والعقود المتعلق صراحة على هذا الحكم كما رأينا إذ تقول : « ويكفي الأمر كما تقدم (أى يكسب المشتري ملكية المبيع) حتى في حالتيين الآتيتين : أولاً - إذا كان التسليم أو دفع الثمن مربوطاً بأجل . ثانياً - إذا كان البيع منعقداً عن شرط الإلغاء » .

لا تنتقل من شخص إلى آخر إلا في شيء معين بالذات . بل إن هذا الشرط لم يتسبح ذكره ضرورياً بعد ما قررنا من أن البائع يلتزم بالأعمال الضرورية التي تمهد لنقل الملكية ، فمن بين هذه الأعمال إفراز المبيع إذا لم يكن معيناً إلا بالذات كما سبق القول ، ففى قام البائع بالتزامه وأفرز المبيع ، فقد أصبح المبيع عيناً معينة بالذات وتوافر الشرط . على أن المبيع قد يكون غير معين بالذات في حالتين أخريين : (الحالة الأولى) بيع شيء لم يصنع بعد ، كما إذا باع مصنع نسيج كميات من القماش لم يبدأ نسجها ، فيكون المبيع هنا شيئاً غير معين بالذات ، ولا يتصور أن تنتقل ملكيته إلى المشتري إلا بعد تمام نسجه . ولا يعتبر الفزل الذى يصنع منه النسيج ملكاً للمشتري ، بل يبقى ملكاً للمصنع إلى أن يتم نسجه ، ذلك أن المصنع لم يبيع غزلاً وإنما باع نسيجاً (١) . (الحالة الثانية) بيع

(١) فإذا تم صنع الشيء أو تقدم منه لدرجة تكرر تعيينه ، فإن ملكيته تنتقل إلى المشتري من هذا الوقت ولو قبل التسليم ، فيكون ضماناً لدائبه ولا يجوز لتابع إتلافه (بيدان ١١ فقرة ١٦٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥) . وكان الفقه فى فرنسا يذهب إلى أن ملكية الشيء الموصى بصنعه (chose à fabriquer) لا تنتقل إلا بتسليمه للمشتري وقبوله منه ، فهو بيع على تسليم (vente à livrer) ، وذلك كالأثاث الموصى بصنعه يبقى على ملك الصانع إلى أن يتم تسليمه للمشتري (بلانيول وريبير وبيكار ٣ فقرة ٢٢٢ - بلانيول وريبير ورواست ١١ فقرة ٩٢٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٢٨٩٥) . ثم اتجه القضاء الفرنسى إلى أن نقل الملكية يتم بمجرد الانتهاء من صنع الشيء أو التقدم فى صنعه بحيث يكون ذلك كافياً فى تعيينه كما سبق القول ، ومنع أعضاء بعض الفقهاء كما رأينا (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥) . على أن يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن الملكية لا تنتقل إلا عند قبول المشتري للشيء الموصى بصنعه وتسليمه إليه ، وقد يستخلص هذا الاتفاق ضمناً من أن البائع هو الذى يورد الخامات التى يصنع منها الشيء (بيدان ١١ فقرة ١٦٧) .

وفى الأشياء التى تصنع على نموذج واحد (fabrication en série) يعتبر المبيع بعد الانتهاء من صنعه متعيناً بنوعه فقط ، ومن ثم يجب إفرازه بعد ذلك لتعيينه بذاته ، فتنقل ملكيته من وقت الإفراز (بيدان ١١ فقرة ١٦٧ - ديمرج ٦ فقرة ٩٥ - كولان وكايبشان ١ فقرة ١٩٧٧ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٦٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٥) .

وفى بيع المحصولات المستقبلية إذا كان البيع جزافاً ، تنتقل الملكية بوجود المحصول : منذ بدء وجوده وانقضاءه أو من وقت حصاده وجمعه بحسب قصد المتعاقدين ، ومنه الشك يكون من وقت الحصاد والجمع . وإذا كان البيع بالتقدير ، لم تنتقل الملكية إلا بالإفراز كما فى مائت بيع بالتقدير (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ١٧٤)

يكون محله تخييرياً (alternatif) ، فلا يتعين المبيع في هذه الحالة إلا عند ما يعمل صاحب الخيار خياره ، ولا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إلا عندما يتم الاختيار . وقد رأينا عند الكلام في الالتزام التخييري أن أعمال الخيار له أثر رجعي فيستند إلى وقت البيع ، وتعتبر الملكية قد انتقلت من وقت البيع لا من وقت أعمال الخيار . أما لو كان المحل بدلًا (facultatif) ، فإن المبيع يكون معيّنًا بالذات من وقت البيع ويكون هو الشيء الأصلي لا البديل ، وإن كان يحق للبائع أن يبرئ ذمته من التزامه باعطائه البديل دون الشيء الأصلي (١) .

وأما أن يكون المبيع مملوكًا للبائع فهذا أيضاً شرط طبيعي ، فالملكية لا تنتقل إلا عن مالك . وإذا لم يكن البائع مالكا لم يستطع أن ينقل ملكية المبيع فان فاقد الشيء لا يعطيه ، كما لا تنتقل الملكية عن المالك الحقيقي فان هذا أجنبى عن البيع فلا يسرى في حقه . وقد بسطنا تفصيل القول في ذلك عند الكلام في بيع ملك الغير .

بقى الشرط الثالث ، وهو ألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين . أما القانون فيعلق نقل الملكية في العقار على التسجيل ، وفي المذلول غير المعين بالذات على الإفراز ، كما رأينا . وكل من التسجيل والإفراز يدخل في الأعمال التمهيدية التي يلتزم بها البائع حتى تنتقل الملكية إلى المشتري ، كما سبق القول . وأما الاتفاق فقد يتم بين المتعاقدين على تأخير نقل الملكية إلى حين استيفاء شرط معين . يتفق المتبايعان مثلا على ألا تنتقل الملكية إلا عند تسليم المبيع إلى المشتري أو إلا عند القيام بأجراءات معينة (٢) ، أو يكون البائع غير مالك للمبيع

= والانتاج اتفق لا تنتقل ملكيته إل من اشتراه إلا إذا سلمه الفنان للمشتري أو وضعه تحت تصرفه ، لأن الفنان له وحده الحق في نشر إنتاجه متى أراضاه (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ١٧٦) .

(١) أنظر في كل ذلك بودرى وسبينا فقرة ١١ - فقرة ١٣ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠ - فقرة ١١ .

(٢) ولا يعتبر البيع هنا معلقا على شرط بل هو بيع منجز ، والمعلق على الشرط هو تنفيذ البيع لا انعقاده (لوران ٢٤ فقرة ٤ - أوبري ورو ٥ فقرة ٢٤٩ هامش ٢٩ - بودرى وسبينا فقرة ١١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠) .

وقت البيع فيتنق مع المشتري على تأخير نقل الملكية إلى أن يحصل هو عليها ، أو يتفق المتبايعان على ألا تنتقل الملكية إلى المشتري إلا بعد أن يوفى جميع أقساط الثمن وهذا هو البيع بالتقسيط . ونلاحظ فيما قدمناه أمرين : (الأمر الأول) مهما يكن شأن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ، فإن هذا لا يمنع عقد البيع من أن يرب في الحال التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية ، والذي يتأخر ليس هو نشوء هذا الالتزام بل تنفيذه . (والأمر الثاني) أن الاتفاق على تأخير نقل الملكية ليس اتفاقاً على أجل تنتقل بعده الملكية ، بل هو اتفاق على شرط يعلق انتقال الملكية إلى حين تحققه . ذلك أن الملكية تستعصى طبيعتها على أن تقرر بأجل ، فالأجل يجعلها موقنة والملكية حق دائم لا يمحى التوقيت (١) . فتأخير نقل الملكية إلى حين التسليم ولو عين للتسليم مدة محددة ، هو تعليق لنقل الملكية على شرط التسليم ، وليس تأجيلاً لنقل الملكية إلى حين انقضاء هذه المدة المحددة . وتأخير نقل الملكية إلى أن يحصل البائع عليها من المالك الحقيقي هو تعليق لنقل الملكية على شرط حصول البائع عليها ، وكذلك تأخير نقل الملكية إلى تمام وفاء أقساط الثمن هو تعليق لنقل الملكية على شرط وفاء الأقساط .

٢٣٧ - البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية من استيفاء الثمن -

أما : ومن أهم الصور العملية للاتفاق على تأخير نقل الملكية اتفاق المتبايعين على أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على الوفاء بجميع أقساط الثمن . وهذا هو البيع بالتقسيط أو الإيجار السائر للبيع لأن المتبايعين كثيراً ما يسميان

(١) وقد درج الفقه في مصر وفي فرنسا على التحدث عن اقتران الملكية بأجل . وفي رأينا أن هذه نظرية فقهية عبر سلبية . فالملكية كما قدمنا حق دائم تستعصى طبيعته على التوقيت ، والأجل توقيت فلا يجوز أن تقرر به الملكية . وإذا اتفق البائع مع المشتري مثلاً على ألا تنتقل إليه ملكية الدار المسبعة إلا بعد سنة ينتفع فيها البائع بسكنى الدار ، وجب تفسير قصد المتبايعين بأن البائع اشترط الاحتفاظ بحق الانتفاع بالدار مدة السنة ، أما الرقبة فتنقل إلى المشتري دون انتظار انقضاء السنة . وهذا التفسير ينطبق بجميع الأعراض التي قصد إليها المتبايعان ، فقد احتفظ البائع بحقه في سكنى الدار سنة ، وانتقلت الملكية في الرقبة دون المنفعة إلى المشتري قبل انقضاء السنة . وإذا قلنا بغير ذلك ، وقررنا أن البائع يحتفظ بالملكية كاملة ، انتفاعاً ورقبة ، مدة السنة ، فهل يزيد حقه بذلك شيئاً ، الواقع أنه يكون في نفس الوضع الذي احتفظ فيه لنفسه بحق الانتفاع فقط ، فهذا الحق وحده هو الذي يستطيع أن يستغله وأن يتصرف فيه أما ملكية الرقبة لمدة سنة فلا يفيد شيئاً ، ولا تجدى ملكية الرقبة إلا إذا كانت ملكية دائمة

البيع في هذه الحالة إيجاراً . وقد وردت المادة ٤٣٠ مدني ، كما رأينا ، في صدد هذا البيع إذ تقول : ١٥ - إذا كان البيع موحس الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع . ٢ - فإذا كان الشئ يدفع أقساطاً ، جاز للمتعاقدان أن يتفقا على أن يستثنى البائع جزءاً منه تعويضاً عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقاً للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ . ٣ - فإذا وفيت الأقساط جميعاً ، فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستنداً إلى وقت البيع . ٤ - ونسرى أحكام الفقرات الثلاث السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً .

ونقتصر هنا على إيراد النص ، وقد سبق تفصيل القول فيه ، فنكتفي بالإحالة على ما قلناه في ذلك (١) .

§ ٣ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية

وما الذي يترتب على انتفاؤها فملاً

٢٣٨ - ما الذي يتضمنه الالتزام بنقل الملكية : يقرر الفقيه المدني كقاعدة عامة أن كل التزام بنقل حق عيني - وبسدرج تحت ذلك التزام البائع بنقل ملكية المبيع - يتضمن في الوقت ذاته التزاماً بتسليم الشئ الذي تعلق به الحق العيني وبالمحافظة على هذا الشئ حتى يتم التسليم . وقد رأينا (٢) أن المادة ٢٠٦ مدني تنص في هذا الصدد على أن « الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشئ والمحافظة عليه حتى التسليم » .

ويبين من ذلك أن التزام البائع بنقل ملكية المبيع يتضمن التزامين تبعيين ، أحدهما التزام بتسليم المبيع إلى المشتري وهو التزام بتحقيق غاية ، والثاني التزام

(١) أنظر آتياً فقرة ١٠ - فقرة ٩٤ .

(٢) أنظر الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٤ .

بالمحافظة على المبيع إلى أن يتم تسليمه للمشتري وهو التزام ببذل عناية (١) .
 وصفة التبعية التي أثبتناها للالتزام بتسليم المبيع أهمية كبيرة في تحمل تبعة
 هلاك المبيع قبل التسليم . وذلك أن الالتزام بالتسليم إذا كان التزاماً تبعياً ، فإنه
 يكون التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا يخلص المبيع مادياً للمشتري
 إلا بتسليمه من البائع . ومن ثم إذا هلك المبيع قبل التسليم هلك على البائع ،
 حتى لو كانت ملكية المبيع قد انتقلت قبل التسليم إلى المشتري ، فإهلاكه لا يكون
 على المالك كما هو الأصل ، بل يكون على المدين بالتسليم .

وقد سبق أن كتبنا في هذا الصدد في الجزء الثاني من الوسيط (٢) : « فإذا كان
 الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً يتضمنه التزام بنقل حق عيني ، فالأصل أن الهلاك
 يكون على المدين بالتسليم ، ولو أنه أصبح غير مالك إذ انتقلت الملكية إلى الدائن
 تنفيذاً للالتزام الأصلي بنقل الملكية . ويبرر هذه القاعدة أن الالتزام بالتسليم
 في هذه الحالة ليس في حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ
 لا يخلص الملكية فعلاً للدائن إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على المدين ، وهو
 مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدني الجديد هذه القاعدة
 في كل من البيع والقسمه (٣) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في تحمل
 تبعة هلاك المبيع قبل التسليم (٤) .

(١) ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أنه إذا لم يتم تسليم المبيع
 إلى المشتري ، ولو بغير خطأ البائع بل ولو بقرعة قاهرة ، كان البائع مخلاً بالتزامه ، وينبغي
 على ذلك فسخ البيع أو انقضاؤه وتحمل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم كما سنرى . ويمكن
 التوصل إلى هذه النتيجة من طريق آخر ، هو القول بتبعية الالتزام بتسليم المبيع على الوجه
 المذكور . ويترتب على أن الالتزام بالمحافظة على البيع التزام ببذل عناية أن البائع يعتبر
 قد قام بالتزامه إذا هو بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على المبيع قبل تسليمه ، ولا يكون
 مسئولاً عن هلاك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً إلا بموجب التزامه بالتسليم على النحو الذي بيناه .
 (٢) فقرة ٤٣١ .

(٣) وهذه هي أيضاً القاعدة في الفقه الإسلامي ، فالمبيع يهلك قبل التسليم على البائع ، ولو
 أن الملكية انتقلت إلى المشتري .

(٤) وسنرى هناك أثر الإعذار في تحمل تبعة الهلاك (م ٢٠٧ مدني - الوسيط ٢ فقرة ٤٣٢) .
 وانظر في تقنين الموجبات والعقود البنائي المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ ، وهو كالنقنين المدني الفرنسي
 بحمل المشتري باعتباره مالِكاً تبعة هلاك المبيع قبل التسليم .

٢٣٩- ما الذي يترتب على انتقال الملكية لعدم المشتري: فإذا توافرت الشروط الواجبة لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري، وهي الشروط السالفة الذكر، فأصبح المشتري مالكا للمبيع، ترتب على ذلك النتائج الآتية:

أولاً - يكون للمشتري حق التصرف في المبيع باعتباره مالكا له، ولو قبل أن يتسلمه من البائع. ويستوى في ذلك العقار والمنقول (١). أما المنقول فظاهر، فهو عين معينة بالذات انتقلت ملكيتها إلى المشتري، فلهذا أن يتصرف في ملكه ولو قبل قبضه من البائع. وأما العقار فالمشتري لا يصبح مالكا له إلا إذا سجل عقد البيع، فإذا سجل العقد أصبح مالكا ولو قبل القبض، واستطاع أن يتصرف في المبيع وهو لا يزال في يد البائع (٢).

ثانياً - يكون للمشتري ثمر المبيع ونماؤه باعتباره مالكا له، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك من الأعباء. وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ من صراحة على ذلك، إلا نقول: «ولقد رتب ثمر المبيع

(١) وقد رأينا أن المشتري في أكثر مذاهب الفقه الإسلامي ليس له أن يتصرف في المبيع قبل قبضه، وإنه غم من أنه أصبح مالكا له (انظر آتيا فقرة ٢٢١) وقد ورد في النص المذكور المراق الفقه الإسلامي في ذلك، نصت المادة ٥٣٠ من هذا التشريع على أن «المشتري أن يتصرف في المبيع، عقارا كان أو منفردا، بمجرد انتقال الملكية إليه ولو قبل القبض». وهذا هو الحكم أيضا في تدبير الموححات والمعمود القساري، إذ نص المادة ٢٩٠ من هذا التشريع على أنه «يجوز للمشتري من إتمام العقد، حتى قبل التسليم، أن يتصرف في المبيع، ما لم يكن ثمة اتفاق أو نص قايومي يخالف». ويجوز للبائع أن يصرح في حق في الثمر قبل قبضه. وكذلك هذا هو الحكم في كل من التفنين المدني السوري والتفنين المدني الليبي، طبقا للقواعد العامة في هذين التشريعين وهي نفس القواعد العامة في التفنين المصري.

(٢) وهذا الحكم صحيح حتى لو لم يسجل عند البيع وكان المبيع لا يزال في يد البائع، فإن المشتري يستطيع حتى هذه الحالة أن يتصرف في العقار، وبعد تسجيل البيع الأول يصبح مالكا فيكون التصرف الذي صدر منه قد صدر من مالك، إما بفضل الأثر الرجعي للتسجيل حل الرأي الذي يقول به، وإما باعتبار أن المشتري وثقت أن ما كان لا يملك ثم ملك بالتسجيل فيقلب البيع صحيحا طبقا لقواعد بيع ملك الغير السالف ذكرها.

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن: إذا كانت حدود الأرض المبيعة في عقد البيع تحاذي الواقع، فالذي انتقلت ملكيته بالتسجيل هو ما يتعلق به التحديد الوارد في عقد البيع لا التحديد التوافقي (استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ من ٢٦٠).

ونفاذه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » (١) .

ثالثاً - إذا أنشأ البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز للمشتري أن يأخذ عين المبيع باعتباره قد أصبح ملكاً له ، ولا يزاحمه في ذلك دائر البائع (٢) .

رابعاً - تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري ، لا في حق المتبايعين وحدهما ، بل أيضاً في حق الورثة والدائنين . فوارث البائع لا يرث المبيع ، ولا يستطيع دائر البائع أن ينفذ على المبيع . وعلى العكس من ذلك يرث المبيع وارث المشتري ، ويستطيع دائر المشتري أن ينفذ على المبيع .

خامساً - كان من المقبول أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري باعتباره مائلاً ، وهذا هو بالفعل حكم التقنين المدني الفرنسي (م ١١٣٨ وم ١٦٢٤) وحكم تقنين الموجبات والعقود اللبناني (م ٣٩٦) ، نولاً أن التقنين المدني المصري - ومعه التقنين السوري والتقنين الليبي والتقنين العراقي - راعى أن الالتزام بالتسليم الزام تسمى كما قدمنا ، فإذا هلك المبيع بسبب أجنبي قبل التسليم انفسخ البيع ، فتحمل البائع تبعه الهلاك ما مياتي .

(١) وهذا هو أيضاً ما تنص عليه المادة ٥٧٢/٢ من التقنين المدني العراقي إذ تقول : « والزيادة الحاصلة من المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنتاج ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . وتقضى بذلك أيضاً المادة ٣٩٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني ، فتتضمن على أنه « يجب على المشتري عند صيرورة العقد تاماً - ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على المبيع . ثانياً - نفقات حفظ المبيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطر العين المبيعة » . ثم تنص المادة ٤١٧ من نفس التقنين على أن « جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ تمام البيع » . ويجب أن نعلم إليه مع المبيع ، ما لم يكن هناك نص مخالف » . أسطر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٢٦/٢ من التقنين المدني السوري والمادة ٤٤٧/٢ من التقنين المدني الليبي .

وانظر في تملك المشتري لثمار بيع ونفاذه من وقت تمام البيع وتعمله تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ما ينص عليه فقرات ٣٩٢ - ٣٩٣ .

(٢) وقد نص التقنين المدني العراقي صراحة على هذا الحكم في المادة ٥٤٣ ، وهي تقول : « القصد بالبائع الثمن ثم أسس قبل تسليم المبيع إلى المشتري ، أخذ المشتري المبيع من البائع أن يزاحمه سائر المزماء » .

المطلب الثاني

نقل الملكية في المنقول

٢٤٠ - التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بغيره : حتى تبين كيف تنتقل الملكية إلى المشتري في المنقول : يجب التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بنوعه ، فقد رأينا أن الملكية في الحالة الأولى تنتقل فوراً بمجرد تمام العقد ، ولا تنتقل في الحالة الثانية إلا بالإفراز .

وقبل أن نتناول في شيء من التفصيل كلا من الحالتين ، نلاحظ أن هذا التمييز يسرى أيضاً على العقار ، فهناك عقار لا يعين إلا بنوعه كما إذا بيع ألف متر من أرض مساحتها أكبر من ذلك ، فتسرى في هذه الحالة الأحكام التي صدكرها في المنقول ، ولا يتعين البيع ، ومن ثم لا يمكن تسجيل البيع لنقل الملكية ، إلا بعد إفراز ألف متر بالذات وهي المساحة المبينة (١) . ولكن لما كانت هذه الحالة نادرة ، وبغلب كثيراً أن يكون الشيء المعين بنوعه لا بالذات منتزلاً لا عقاراً ، كما بغلب كثيراً أن يكون العقار شيئاً معيناً بالذات ، فقد فرضنا للتمييز بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بنوعه في صدد المنقول .

١٩ - الشيء المعين بذاته

٢٤١ - انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد : فإذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، وتوافرت الشروط الواجبة قانوناً التي أسلفنا ذكرها ، فإن الملكية تنتقل إلى المشتري فوراً بمجرد تمام العقد . وعقد البيع ذاته هو الذي ينقل الملكية ، بعد أن ينشئ التزاماً بنقلها يتم تنفيذه فوراً بمجرد نشوئه على الوجه الذي قدمناه . وقد رأينا أن التقنين المدني المصري قرر هذه القاعدة في المادة ٢٠٤ مدني ، وأكدها في المادة ٩٣٢ مدني (٢) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ ص ٧٧ .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ٢٢٤ .

وتنتقل الملكية فوراً بمجرد تمام العقد في المنقول ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير .

٢٤٢ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين : تنتقل الملكية بمجرد تمام العقد أولاً فيما بين المتعاقدين . فلو أن شخصاً باع سيارة معينة بالذات بمركبة له . شخص آخر ، فإن ملكية السيارة تنتقل من البائع إلى المشتري بمجرد تمام عقد البيع (١) . ويترتب على ذلك أن المشتري ، وقد أصبح مالكا للسيارة ، يستطيع أن يتصرف فيها حتى قبل أن يتسلمها من البائع . فإذا باعها لآخر فإن انتقلت ملكيتها من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بمجرد تمام البيع الثاني ، ولو كانت السيارة لا تزال باقية في يد البائع الأول . ولا يعتبر المشتري الثاني « غيراً » ، فسرى أن الغير هو شخص تلقى حقاً عينياً من البائع الأول على نفس المبيع ، والمشتري الثاني إنما تلقى حق الملكية من المشتري الأول لا من البائع الأول .

٢٤٣ - انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير : وتنتقل ملكية المنقول بمجرد تمام العقد أيضاً بالنسبة إلى الغير . فلو أن البائع الأول للسيارة في المنزل المتقدم باع السيارة مرة أخرى لمشتري آخر ، فإنه يكون قد باع مالا يملك إذ أن الملكية قد انتقلت منه إلى المشتري الأول بالبيع الأول ، لا فيما بينهما فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى المشتري الآخر الذي تصرف له بالبيع مرة أخرى وهذا هو الغير .

فلو بقيت السيارة في يد البائع الأول ، فإن الذي يستردها منه هو المشتري الأول لأنه هو المالك ، ويرجع المشتري الآخر بتعويض على البائع الأول إذ أن هذا قد باع مالا يملك كما سبق القول ، وذلك وفقاً للقواعد المقررة في بيع ملك الغير .

وإذا سلم البائع الأول السيارة للمشتري الأول ، فإنه يكون قد سلمها إلى

(١) الوسيط - ٢ - فقرة ٤١٧ .

مالكها ، وليس للمشتري الآخر أن يرجع بشيء على المشتري الأول ، وإنما يكون رجوعه على البائع الأول كما قدمنا .

ولكن إذا سلم البائع الأول السيارة للمشتري الآخر ، وكان هذا المشتري الآخر حسن النية لا يعلم أن السيارة بيعت قبل ذلك للمشتري الأول (١) ، فإنه يملك السيارة . ولكنه لا يملكها بعقد البيع الصادر له من البائع الأول ، فقد قدمنا أن البائع الأول وقت أن باع السيارة للمشتري الآخر لم يكن مالكا لها ، وبيع ملك الغير لا ينقل الملكية بذاته . ولكن المشتري الآخر يملك السيارة بسبب غير البيع ، وهذا السبب هو الحيازة بحسن نية . وتنتقل إليه الملكية لامن البائع الأول فهو غير مالك ، ولكن من المشتري الأول الذي أصبح مالكا بالبيع الأول كما أسلفنا (٢) . ويملك المشتري الآخر حسن النية السيارة بالحيازة ، حتى لو كان المشتري الأول قد باع قبل ذلك السيارة إلى مشترين في مثل الذي قدمناه ، وإنما تنتقل الملكية في هذه الحالة إلى المشتري الآخر الحائر بحسن نية لامن المشتري الأول بل من المشتري الثاني الذي أصبح مالكا بالبيع الصادر له من المشتري الأول .

٢٤٤ - انتقال الملكية في البيع الجزاف : امالة : وقد رأينا أن المادة

٢٢٩ مدني تنص على أنه : إذا كان البيع جزافاً ، انتقلت الملكية إلى المشتري على النحر الذي تنتقل به في الشيء المعين بالذات ، ويكون البيع جزافاً ولو كان تحديد الثمن موقوفاً على تقدير المبيع . ومبني أن حددنا متى يكون البيع جزافاً ، وبيننا أن المبيع إذا كان مما يوزن أو يكال أو يقاس أو بعد ، ولكنه لا يحتاج في تعيينه إلى تقدير بل هو معين بالذات ، ولو كان تحديد الثمن موقوفاً

(١) أما إذا كان المشتري الآخر سيئ النية ، فإنه لا يملك السيارة بالحيازة . وتبقى السيارة مملوكة للمشتري الأول ، وله أن يستردها من المشتري الآخر بدعوى الملكية ، ويرجع المشتري الآخر على البائع الأول كما قدمنا .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤١٧ ص ١٧٧ - وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٥١٤ - ص ٥١٥ ، وفي الوسيط جزء ٢ ص ٧٧١ أمش رقم ١ .

هو تقديره ، فان البيع يكون في هذه الحالة جزافاً (١) . وذكرنا أن بيع
الجزاف ، من حيث انتقال الملكية ، حكمه هو حكم بيع الشيء المعين بالذات ،
فتنتقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير (٢) .
ونكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

٢٤ - الشيء معين بنوعه

٢٤٥ - انتقال الملكية بالإفراز : وإذا كان المنقول شيئاً غير معين
بالذات بل معيناً بنوعه (٣) ، وكان البيع بالتقدير (٤) ، لم تنتقل الملكية بمجرد
تمام عقد البيع على خلاف ما رأيناه في الشيء المعين بالذات ، وإنما تنتقل
بإفراز المبيع وجعله بالإفراز معيناً بالذات - ولو قبل التسليم . ذلك أن الشيء
إفرازه غير معروف بالذات ، فهناك إذن استحالة طبيعية في أن تنتقل ملكيته إلى
المشتري قبل الإفراز (٥) .

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٥ مدني إذ تقول : ١ - إذ ورد
الالتزام بنقل حصة عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه ، فلا ينتقل الحق إلا بإفراز
هذا الشيء . ٢ - فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل
على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذائه
في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال
في الحالين بحقه في التعويض (٦) . ثم أكدته المادة ٥٣٣ مدني إذ تقول :
« المنقول الذي لم يعين إلا بنوعه لا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه طبقاً للمادة ٢٠٥ » .

(١) أنظر آتياً فقرة ١١٩ .

(٢) أنظر آتياً فقرة ١٢٠ .

(٣) أنظر آتياً فقرة ١١٧ .

(٤) أنظر آتياً فقرة ١١٨ .

(٥) أنظر الوسيط - جزء ٢ فقرة ٤٢٠ .

(٦) أنظر في هذا الدعوى الوسيط - جزء ١ فقرة ٤١٩ .

٢٤٦ - كيف تنتقل الملكية بالإفراز - املأ : وقد قلنا في هذا

الجزء من الوسيط (١) ، وفي الجزء الثاني منه (٢) ، كيف يكون الإفراز ، وكيف تنتقل الملكية به ولو قبل التسليم ، وإن كان المألوف في التعامل أن يتم الإفراز وقت التسليم ، واستعرضنا حالة ما إذا كان الشيء غير المعين إلا بنوعه نقوداً (٣) أو غير نقود (٤) . وبيننا أن البيع يرتب في ذمة البائع التزاماً بنقل الملكية ، حتى قبل التسليم وحتى قبل الإفراز (٥) . وذكرنا كذلك ألا فرق في تحمل تبعه الهلاك أن يهلك الشيء قبل الإفراز أو بعده (٦) . فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه هناك .

٢٤٧ - الحكم فيما إذا امتنع البائع عن الإفراز - املأ :

وإذا لم يقم البائع بتنفيذ التزامه من إفراز المبيع ، جاز للمشتري أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين ، فيقوم بشرائه بنفسه ويرجع بالثمن والمصروفات على البائع ، بل ويرجع أيضاً بالتعويض عما قد يكون أصابه من خسارة بسبب تأخر البائع في تنفيذ التزامه . والأصل أن يستأذن المشتري القاضي في ذلك ، فإذا كانت الظروف لا تحتمل الإبطاء كان له دون استئذان ، ولكن بعد إعدار البائع ، أن يقوم بالشراء . وقد سبق أن بسطنا القول في ذلك في الجزء الثاني من الوسيط (٧) ، فنكتفي هنا بالإحالة إلى ما قدمناه في ذلك .

٢٤٨ - نقل الملكية في الأسباب المصدرة إلى المشتري : نص

المادة ٩٤ من التقنين التجاري على أن « البضائع التي تخرج من مخزن البائع

(١) أنظر آنفاً فقرة ١٢٠ .

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ - فقرة ٤٢٢ .

(٣) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢١ .

(٤) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٢ .

(٥) أنظر آنفاً فقرة ١٢٢ .

(٦) أنظر آنفاً فقرة ١٢١ .

(٧) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٢٣ .

أو المرسل يكون خذرها في الطريق على من يملكها ، ما لم يوجد شرط بخلاف ذلك . وانتقال الملكية هنا يكون بالإفراز طبقاً للقاعدة التي أسلفناها . ولكن الإفراز فيما نحن بصدده يتخذ صورة خاصة هي التسليم (١) ، فما لم يتفق المتبايعان على شيء آخر ، فإن المفروض أنهما اتفقا على أن يتم انتقال الملكية وقت التسليم . فقبل التسليم تبقى الملكية للبائع ، وهو الذي يتحمل تبعه الهلاك ، وبالتسليم تنتقل الملكية إلى المشتري وتنتقل معها تبعه الهلاك . ويزى من ذلك أن البائع لا يزال يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم وفقاً للقاعدة العامة ، ولكنه قبل التسليم يبقى أيضاً مالكا للمبيع إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسليم ، ومن ثم لم تتعارض القاعدة التي تقضى بأن الهلاك على البائع قبل التسليم مع القاعدة التي تقضى بأن الهلاك على المالك ولو قبل التسليم لأن البائع هنا هو المالك .

وبقي بعد كل ذلك أن نعرف متى يتم تسليم البضائع ، لنعرف متى تنتقل الملكية إلى المشتري فنتنقل إليه تبعه الهلاك (٢) . ولا نخرج الحال عن أحد أمرين : (١) فاما أن يتم التسليم عند الشحن أى في محطة التصدير ، فاذا تم الشحن انتقلت الملكية إلى المشتري ، وكانت تبعه هلاك البضائع في الطريق عليه . (٢) وأما أن يتم التسليم عند التفريغ أى في محطة التوريد ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري بالشحن بل تراخي إلى حين وصول البضائع ، وتكون تبعه هلاك البضائع في الطريق على البائع الذي يبقى مالكا لها إلى حين وصولها إلى محطة التوريد .

يغلب أن يتفق المتعاقدان على أحد الأمرين . فاما أن يتفقا على أن يتم

(١) فيتم الإفراز عند التسليم .

(٢) وكذلك إذا أفلس البائع والبضائع في الطريق ، جاز للمشتري أخذها إذا كانت الملكية انتقلت إليه عند الشحن ، ولا يجوز له ذلك إذا كانت ملكية البضائع في الطريق لا تزال للبائع (الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامد زكي فترة ١١٦ - ص ٢٤٠ - الأستاذ محمد علي إمام نسخة ١١٥ ص ٢١٦ - ص ٢١٧) .

ونفسه محكمة النقض بأن القاعدة التي تقضى بأن الهلاك على المالك إنما تقوم إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة ، أما إذا سبب إلى البائع تفصيل فإنه يكون مسؤولاً عن نتيجة تفصيله (نقض مدني ٢٧ يولييه سنة ١٩٥٦ مجموعة أ لى إمام النقص ٧ ر ١٠٧٧ ص ٧٦٧) .

التسليم عند الشحن (١) ، وهو ما يقع عادة في النقل البرى عند اشتراط التسليم في نقطة الشحن (franco gare départ) وفي النقل البحرى عند اشتراط تسليم السفينة (vente fob, franco bord) . وفي هذه الحالة تنتقل ملكية البضائع وتبعة الهلاك إلى المشتري بمجرد الشحن كما قدمنا ، وتكون مصروفات النقل عليه ، ومن ثم يلتزم البائع بشحن البضائع على السفينة التى يعينها له المشتري ، ويتكفل المشتري بدفع مصروفات النقل والتأمين الناوولون . وقد يوكل المشتري البائع في اختيار السفينة وفي التأمين عليها اقتصاداً لأجر الوسيط ، فيتضمن الثمن المصروفات والتأمين والناوولون : (coût - assurance - frêt : Cif.) (٢) ولا يعتبر تسليم البضائع

(١) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٤٥ - ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧ .

(٢) أنظر في القضاء المختلط في البيع (Cif) وفي أن مسئولية خطر الطريق على المشتري لا على البائع : استئناف مختلط ٣ ديسمبر ١٩١٣ م ٢٦ ص ٧١ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٧٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٢ - ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧٨ - ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٢٠ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٢٨ - ٢٧ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٤٨ - ٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٩٦ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٣١ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣٠٩ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ٩ - ٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ - ٣ فبراير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٤٩ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢١ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٣ م ٥٦ ص ٢٩ - ٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٢ - ٨ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٦٩ - ٢٢ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٠ - ١٩ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٢٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٨ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٦ ص ١٨١ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٦ - ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٤ - ٣٠ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٥٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٥٤ - ٥ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٧ - ٢٣ يونيو سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٣ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٣٣ .

وقضت محكمة استئناف مصر بـ البيع Cif معناه وفاء البائع ثمن البضاعة وأجرة التأمين وناوولون الشحن وتحمل المشتري مسئولية العجز أو التلف الحاصل للبضاعة بعد الشحن (سندوف مصر ١١ يونيو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١/١٢٩ ص ١٧٣) .

قد تم إلا إذا أرسل البائع للمشتري البيانات الدالة على ذلك (١) . وإما أن يتفق المتعاقدان على أن يتم التسليم عند التفريغ ، وفي هذه الحالة تبقى البضائع ملكا للبائع ، وعليه تبعة الهلاك أثناء الطريق ، وعليه مصروفات النقل ، ولا تنتقل تبعة إلى المشتري وتنتقل معها تبعة الهلاك إلا إذا وصلت البضاعة سليمة إلى محطة التوريد .

فإذا لم يتفق المتعاقدان متى يتم التسليم ، وجب في المسائل المدنية تطبيق المادة ٣٦ مدني وتنص على أن التسليم يكون عند التفريغ في محطة التوريد ، إذ تقول : « إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إلى ... ما لم يوجد اتفاق بقضى بغير ذلك » (٢) . أما في المسائل التجارية ، فيراعى من هذا النص عرف التجارة (٣) .

وهذا كله إذا كان المبيع بضائع ، أي منقولاً غير معين إلا بنوعه . أما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته من وقت العقد ، ولكن التسليم لا يتم إلا في مكان التفريغ ، فتكون تبعة الهلاك قبل التسليم على البائع إلا أن المالك (المشتري) ، لأننا نكون قد خرجنا عن نطاق التعامل التجاري إلى نطاق التعامل المدني (٤) .

= انظر في البيع (F.O.B) أي بائعاً تسليم البضاعة استئناف مخطوط ١٢ ماي سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ١٩ - ١١ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٥٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٤٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٧ م ٦٠ ص ٥١ - ٨ يونيو سنة ١٩٤٩ م ٦١ ص ١٢٩ . (١) والبيانات هي في النقل البحري اسم السفينة والعلامات أو الأرقام التي تحملها البضائع . وفي النقل البري إذا كان التسليم في محطة الشحن ، قد يلتزم البائع بحمل العربات اللازمة لشحن البضاعة (franco sur wagon) .

انظر في كل ذلك بيدر ١١ فقرة ١٦٥ .

(٢) وكان التفتين المدني السابق ينص في المادة ١٧٠/٢٣٤ على أن الوفاء يكون في موطن المتعهد أي أن التسليم يتم في محطة الشحن لا في محطة التفريغ (استئناف مخطوط ١٨ ماي سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٤٤ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٩٧ - الأستاذان أحمد نجيب الخلال وحامد زكي فقرة ٢٤٦ ص ٢٤١) . فيسرى حكم التفتين السابق على كل العقود التي تمت قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

(٣) الأستاذان أنور سلطان فقرة ١٦١ ص ١٨١ هامش رقم ١ - الأستاذان محمد علي إسماعيل

فقرة ١١٥ .

(٤) انظر مايل فقرة ٣١١ .

المطلب الثالث

نقل الملكية في العقار

٢٤٩ - لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل : أما إذا كان المبيع عقارا ، فإن الملكية ، سواء في حق الغير أو فيما بين المتعاقدين ، لا تنتقل إلا بتسجيل عقد البيع . وقد أشارت إلى هذا الحكم صراحة المادة ٢٠٤ مدني عندما نصت ، كما رأينا ، على أن « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . ثم أكدت المادة ٩٣٢ مدني هذا المعنى ، فقد رأينا : « تنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد ، متى ورد على محل مملوك للمتصرف طبقاً للمادة ٤٠٢ ، وذلك مع مراعاة النصوص الآتية » . ونجد بين النصوص التي تشير إليها المادة ٩٣٢ مدني النص الخاص بالعقار ، وهو نص المادة ٩٣٤ مدني ويجرى على الوجه الآتي : « ١ - في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري . ٢ - ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقله للملكية أم غير ناقله ، ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر » .

وإذا كان نظام الشهر العقاري لا تقتصر منطوقه على عقد البيع ، إذ هو يمتد إلى جميع العقود الناقلة للملكية ، بل وإلى العقود غير الناقلة للملكية ، بل وإلى الأحكام والسندات كما رأينا في النص ، فإن عقد البيع مع ذلك هو أهم العقود التي يجرى عليها التسجيل وأوسعها انتشارا ، فيحسن الإجماع بنظام الشهر العقاري في مناسبة الكلام في تسجيل عقد البيع ، وقد جرى الفقه المصري على هذه السنة .

فتستعرض أولا تطور نظام الشهر العقاري في مصر حتى قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ، وذلك في كثير من الإيجاز وموضع التفصيل فيه

يكون عند انكلام في أسباب كسب الحقوق العينية ، ثم نعرض لتطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة .

§ ١ - تطور نظام الشهر العقارى فى مصر

٣٥٠ - نظام الشهر بوجه عام : الحق العينى بطبيعته نافذ فى حق الكافة ، فكان الواجب شهره أى إيجاد طريقة تبسّر لذى المصلحة من المتعاملين العلم بوجوده مادام هذا الحق نافذاً فى حقه ، حتى يعتد به ويدخله فى حسابه عند التعامل . فاذا اشترى عينا ، سهل عليه قبل أن يقدم على شرائها أن يعرف الحقوق العينية المتعلقة بهذه العين والتي هى نافذة فى حقه ، فلو كانت العين مرهونة مثلاً استنزل مقدار الدين المضمون بالرهن من الثمن ، أو كانت مملوكة لشخص آخر غير الدائن لم يقدم على الشراء أصلاً .

وشهر الحقوق العينية يكون باثبات التصرفات القانونية التى هى مصدرها فى سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها . ويكون إثبات هذه التصرفات إما بطريقة التسجيل (transcription) ، وهى إثبات حرفى للمحررات المشتملة على التصرفات حتى يتيسر لذى المصلحة معرفة جميع ما ورد فى التصرف . وهذه الطريقة ضرورية فى الحقوق العينية الكاملة . وإما بطريقة القيد (inscription) ، وتقتصر على إثبات البيانات الجوهرية الواردة فى التصرف ، وهى البيانات التى يهم ذا المصلحة العلم بها . وهذه الطريقة كافية فى الحقوق العينية التبعية أى التأمينات العينية ، وهى الرهون وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، فيكتفى بإثبات مبلغ الدين والعقار المثقل بالتأمين واسمى الدائن والمدين وما إلى ذلك من البيانات اجرهية .

ويخلص مما قدمناه أن نظام الشهر لا يتسع إلا للتصرفات القانونية الواقعة على عقار . لا يتسع نظام الشهر للوقائع المادية ، لأن هذه الوقائع لا تثبت عادة فى محررات حتى يمكن شهرها ، هذا إلى أن أكثر الوقائع المادية لها علامات ظاهرة محسوسة تراها الناس فتعلم بها . ومع ذلك فهناك واقعة مادية هى الموت وما يترتب من حق الإرث يمكن أن تخضع لنظام الشهر - وقد أخضعت نملاً لهذا

النظام في قانون تنظيم الشهر العقاري لسنة ١٩٤٦ - لأهميتها ولسهولة إثباتها في محرر يكون صالحاً للشهر . ولا يتسع نظام الشهر للتصرفات الواقة على منقول ، فالمنقول ليس له حيز ثابت مستقر كالعقار ، فلا يمكن تركيز الشهر في مكان معين . ومع ذلك فمن المنقولات ما يجري فيه نظام الشهر لاستقرار مكانه أو لإمكان تركيز شهره في مكان معين ، وذلك كالمتاجر والسفن . ونفهم الحيازة في المنقول مقام الشهر في حماية الغير حسن النية . على أن هناك حقوقاً شخصية تشبه الحقوق العينية من حيث صلاحيتها للشهر ، أهمها الحقوق الناشئة من عقد الإيجار الواقع على عقار ، ففقود الإيجار والمخالصات بالأجرة وحوالتها إذا زادت على مدة معينة تكون هي أيضاً خاضعة لنظام الشهر .

وفي الحدود التي تكون الحقوق فيها ، صالحة لنظام الشهر يبدو هذا النظام ضرورياً للتعامل في العقارات وللائتمان العقاري . فمن يريد التعامل في عتار يعنيه بطبيعة الحال أن يعرف ما يتقل هذا العقار من الحقوق حتى يكون على بصيرة من أمره . فلا يقدم على التعامل إلا وهو عارف بحالته . ومن يقدم على إقراض الغير في مقابل رهن يأخذه على عقاره يعنيه أن يعرف إن كان هذا العقار مملوكاً فعلاً للمدين حتى يكون حق رهنه مأموناً ، ريعنيه أيضاً أن يعرف هل ثقل العتار قبل ذلك بمحقوق عينية سبق حقه حتى يعرف مرتبته بين الدائنين المقيدين .

لذلك لم يخل بلد متحضر من نظام للشهر ، بل إن نظم الشهر قديمة إلى حد أن المؤرخين يرجعونها إلى عهد الحضارة المصرية القديمة . وهناك نوعان لنظام الشهر : نوع متأخر وهو نظام الشهر الشخصي ، ونوع متقدم وهو نظام الشهر العيني أو السجل العقاري (Livre Foncier) . ذلك أن نظام الشهر ، حتى يكون نظاماً صديقاً ، يجب أن يكون محكماً في ترتيبه وفي حجته . أما في ترتيبه ، فينبغي أن يكون من شأن الترتيب الذي يضعه لتسجيل التصرفات وقيدتها أن ييسر لذوى الشأن معرفة ماتهمهم معرفته من هذه التصرفات . وأما في حجته فينبغي أن يكون لشهر التصرفات حجية قاطعة بحيث لا يشهر تصرف إلا به . التحري من ههته فاذا ما شهر كانت صحته مقطوعاً بها ، فيكون للشهر ههه الحجة المطلقة .

ونظام الشهر الشخصي معيب من هاتين الناحيتين . فهو معيب من ناحية

الترتيب ، إذ التسجيل فيه أو القيد يكون وفقاً لأسماء الأشخاص ، ومن هنا كان نظاماً شخصياً . فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذى تصرف فى العقار ، لا يفيد هذا حتماً كل ما وقع على عقار معين من تصرفات . فقد يتصرف شخص فى عقار غير مملوك له فيسجل التصرف باسمه ، ثم يتصرف المالك الحقيقى فى العقار فيسجل التصرف باسم هذا المالك ، ويكون التصرفان متفرقين فى موضعين متباعدين تحت اسمين مختلفين . ومن ثم كان من الممكن أن يتعامل الشخص مع المشتري من المالك ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من المالك مسجلاً تحت اسم المالك ، فيكون التعامل سليماً . كما أنه من الممكن أن يتعامل مع المشتري من غير المالك دون أن يعلم ، إذ يجد التصرف الصادر للمشتري من غير المالك مسجلاً تحت اسم هذا الأخير ، فكيون التعامل معيماً . ولهذا لا يحقق نظام الشهر الشخصى الغرض الذى وضع من أجله . ثم إن هذا النظام معيب من ناحية الحجية ، فان التصرفات التى تشهر فى هذا النظام لا يتحرى عادة عن صحتها ، بل تشهر كما هى ، فان كانت صحيحة بقيت صحيحة ، وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان أو كانت مزورة بقيت على حالتها معيبة أو مزورة . فالشهر فى هذا النظام لا يبطل عقداً صحيحاً ، ولا يصحح عقداً باطلاً . بل هو طريق العلانية لمعرفة التصرف كما هو ، صحيحاً كان أو باطلاً ، سليماً كان أو معيماً . وهذا النظام الشخصى للشهر يسود العالم اللاتينى ، فهو النظام القائم فى فرنسا (١) وفى بلجيكا (٢) وفى إيطاليا (٣) وفى كثير من البلاد

(١) كان التقنين المدنى الفرنسى يقرر أن الملكية فى العقار تنتقل بالعقد ، فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، إلا إذا انتقلت بعقد تبرع كالمطبة فلا يحتاج به على الغير إلا بالتسجيل . ثم صدر تشريع ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ يوجب تسجيل عقود المعاوضة والتبرعات للاحتجاج بها على الغير . وفى ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ صدر مرسوم بقانون (دالوز الدورى ١٩٣٥ - ٤ - ٤١٩) أضاف إلى التصرفات الواجبة التسجيل التصرفات والأحكام الكاشفة . وفى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ صدر مرسوم ، تسمى أحكامه ابتداء من أول يناير سنة ١٩٥٦ (دالوز أنسيكلويدى ٥ ص ٣٨٩ وما بعدها) ينظم الشهر فى الحقوق للمينة الأصلية والتبعية بصفة عامة ، وقد حل هذا التشريع محل تشريعى سنة ١٨٥٥ وسنة ١٩٣٥ .

(٢) قانون ١٦ ديسمبر سنة ١٨٥١ .

(٣) للتقنين المدنى الإبطال م ٢٦٤٣ وما بعدها .

اللاتينية . وهو النظام الذى لا يزال قائماً فى مصر ، بعد أن تخفف من بعض هيوبه كما سنرى .

أما نظام الشهر العيني أو السجل العقارى (Livre Foncier, Grundbuch) فهو نظام محكم من الناحيتين ، ناحية الترتيب وناحية الحجية . فمن ناحية الترتيب لا تشهر التصرفات وفقاً لأسماء الأشخاص ، بل وفقاً للعقار ذاته ومن هنا كان نظاماً عينياً . فلكل عقار مكان خاص فى السجل العقارى ، ويثبت فى هذا المكان كل مايقع على هذا العقار من التصرفات وما يثقله من الحقوق . فإذا أراد شخص أن يتعامل فى عقار ، أمكنه بالرجوع إلى السجل العقارى أن يعرف حالة العقار على خير مايمكن من الدقة . يعرف مالك العقار ، والتصرفات التى وقعت منه فى عقاره ، وما يثقل هذا العقار من الحقوق والتكاليف ، فيقدم على التعامل وهو مطمئن . ثم إن نظام الشهر العيني محكم من ناحية الحجية . فالتصرفات التى تشهر لا يتم شهرها إلا بعد التحرى عن صاحبها تحرياً بالفاً ، فيستقصى عن موقع العقار وحدوده ومساحته ، ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف وعن أهلينهم ، ثم عن التصرف نفسه هل صدر من مالك ، وهل هو صحيح فيشهر أو معيب فيمتنع شهره . ويشرف على هذا كله قاض (Grundbuchrichter) ، هو الذى يأمر بعد الفحص الدقيق بإجراء التسجيل . والنتيجة المترتبة على هذا التحرى أن التصرف الذى يشهر فى السجل العقارى تكون له حجية كاملة ، فينتقل الحق العيني إلى المتصرف له لا بناء على التصرف الصادر بل بناء على شهر الحق . فالشهر لا التصرف هو الذى ينقل الحق ، ومهمة التسجيل فى نظام الشهر العيني هو نقل الحق العيني لا مجرد إعلان التصرف . وقد يكون التصرف معيباً فى الحالات القليلة التى لا يكشف فيها هذا العيب بعد التحرى الدقيق الذى أسلفنا ذكره ، ومع ذلك إذا شهر هذا التصرف المعيب انتقل الحق بالشهر لا بالتصرف كما قدمنا ، وصحح الشهر عيوب التصرف . وهذه هى أهم ميزة للسجل العقارى . ويواجه هذا النظام التصرفات المعيبة التى يصححها الشهر ، وما يستتبع ذلك من الإضرار بأصحاب الحقوق الثابتة ، عن طريق تعويض أصحاب هذه الحقوق ، ويقتضى هذا التعويض من رسوم الشهر ذاتها ، فكان فى هذه الرسوم جزءاً هو بمثابة تأمين للمتفعين بالسجل العقارى . والذى يمنع

من الأخذ بهذا النظام مع مزاياه الظاهرة من ما يقتضيه من جهود ونفقات بالغة في مسح جميع الأراضي قبل إدخاله ، وتحقيق صحة الحقوق العينية المتعلقة بكل من منها . تمهيداً لإثبات كل ذلك في السجل العقاري . وتزويد الصعوبات إذا كثرت الملكيات الصغيرة ، واشتبهت الحقوق القائمة عليها ، كما هي الحال في مصر حيث شرع في إدخال هذا النظام منذ أكثر من ثلاثين عاماً ، وبذلت جهود كبيرة ونفقات جسيمة لا تزال متواصلة حتى اليوم ، ولما يتم إدخال النظام . وإن - هل نسبياً إدخال نظام السجل العقاري في بلد بكر لم تتجزأ فيها الملكيات ولم تنتفت إلى حد أن تنتشر الملكيات الصغيرة وتكون هي الأصل غالب . وهذا هو السبب في أن النظام طبق أولاً في استراليا حيث الظروف مواتية له على النحو المتقدم ، وضعه روبرت تورنس (Robert Torrens) . ففى التشريع الذى أدخل النظام بتشريع تورنس (acte Torrens) ثم أدخل الفرنسيون النظام في تونس في سنة ١٨٨٥ ، وفى كثير من مستعمراتهم . وأخذت به ألمانيا وسويسرا . وأخذت الدولة العثمانية أيضاً بهذا النظام ، وعرف باسم « الطابو » ، وبقي النظام في البلاد العربية التى كانت جزءاً من الدولة العثمانية ، فلا يزال نظام الطابو قائماً في العراق (١) وفي سورية وفي لبنان . وقد

(١) أنظر في نقل الملكية في العقار بالبيع في القانون العراقى الأستاذ حسن عباس الصراف فقرة ٣١٩ - فقرة ٣٦٧ والأستاذ حسن عل الدين فقرة ١٤٧ - فقرة ١٥٥ . وينتقد الأستاذ الذنون ما جاء في المادة ٥٠٨ مدنى عراقى من أن بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة ، فأصح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل .

وقد قام خلاف في الفقه العراقى في قيمة للعقد غير المسجل في دائرة الطابو . والنصوص القانونية الواجب النظر إليها في هذه المسألة هي : (١) م ٥٠٨ مدنى عراقى : « بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذى نص عليه القانون » . (٢) م ١١٢٦ مدنى عراقى : « ١ - تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار . ٢ - والعقد الناقل للملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً » . (٣) م ١١٢٧ مدنى عراقى : « التمهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض إذا أدخل أحد الطرفين بتمهد ، سواء اشترط التمهد في التمهد أم لم يشترط » .

ويؤخذ . هذه للنصوص : أولاً - أن بيع العقار في القانون العراقى عقد شكل لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابو . ومن ثم لا تنتقل الملكية إلى المشتري ، بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل في هذه الدائرة ومن وقت هذا التسجيل ثانياً - التمهد السابق =

عدلته تشريعات كثيرة بعد أن استقلت هذه البلاد ، وبخاصة في سورية ولبنان حيث أصدر الفرنسيون في عهد الانتداب تشريعاً عقارياً شاملاً بهذا النظام (١) .
والآن وقد ألحنا بنظام الشهر العقارى ، ننظر كيف تطور هذا النظام في مصر .

٢٥١ - هرو أربعة : قبل أن يصدر قانون تنظيم الشهر العقارى في سنة ١٩٤٦ ليحل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ ، كان نظام الشهر العقارى قائماً بموجب نصوص قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ وقد عمل به ابتداء

= على البيع - وهو التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدنى عراقى - عقد غير مسمى ، فهو ليس إذن بعقد بيع . ولكنه عقد ملزم ، إذا به أحل المدين التزم بالتعويض . وهذا التعويض ينشأ عن مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية لأن مصدره هو هذا التمهيد الملزم وهو عقد غير مسمى كما سبق القول . فإذا اتفق المتعاقدان في هذا التمهيد على مقدار التعويض - وهذا ما يسمى بالشرط الجزائى - جاز للقاضى الحكم بما اتفق عليه المتعاقدان ، كما يجوز له الحكم بتخفيض الشرط الجزائى إذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً ، أو بعدم استحقاقه أصلاً إذا أثبت المدين أن هذين لم يلحقه أى ضرر ، وكل هذا تطبيقاً للقواعد المقررة في الشرط الجزائى (أنظر م ١٧٠ مدنى) . وإذا لم يتفق المتعاقدان على شرط جزائى ، فإن هذا لا يمنع القاضى من تقدير التعويض من الضرر الذى أصاب الدائن من جراء إخلال المدين بالتزامه ، طبقاً للقواعد المقررة في هذا الصدد (أنظر م ١٦٩ مدنى عراقى) ، ومصدر هذا التعويض الذى يقدره القاضى هو ، كمصدر الشرط الجزائى ، المسئولية العقدية دائماً وليس المسئولية التقصيرية . ويخلص من ذلك أن القول بأن مصدر التعويض عن الإخلال بالتمهيد ينقل ملكية المثار المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدنى عراقى من المسئولية التقصيرية ليس بالقول السليم ، إذ المصدر هو المسئولية العقدية (قارن الأستاذ الذنون فقرة ٤١٨) . وكذلك القول بأن هذا التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١٢٧ مدنى الرأى يتحول من عقد بيع باطل إلى عقد غير مسمى ليس سليماً ، ولنا هنا فى حاجة إلى التحول ، فإن العقد ينشأ منذ البداية عقداً غير مسمى صحيحاً ملزماً ، وليس عقد بيع باطل يتحول بعد ذلك إلى عقد غير مسمى (قارن الأستاذ الصراف فقرة ٣٣٩) .

وقد كان من الخير أن يجعل هذا التمهيد المنصوص عليه في المادة ١١١٧ مدنى عراقى ملزماً بنقل الملكية عيناً ، فلا يقتصر على الإلزام بالتعويض . وهذا هو ما يقرره القانونان الألماني والسويسرى ، وكلاهما أخذ كالقانون العراقى بنظام السجل العقارى .

(١) أنظر فى نقل الملكية العقارية بالبيع فى القانون الدنى السورى الأستاذ مصطفى الوردة فقرة ٨٨ وما بعدها . وفى القانون الدنى السورى عقد البيع غير المسجل يذهب التزاماً بنقل الملكية يجوز تنفيذه عيناً ولا يكتفى بالتعويض (الأستاذ مصطفى الوردة فقرة ٨٨ - فقرة ٨٩) .

من أول يناير سنة ١٩٢٤ . وكان نظام الشهر قبل قانون التسجيل قائماً بموجب نصوص التقنين المدني القديم . أما قبل هذا التقنين ، فلم يكن في مصر نظام للشهر .

فنستعرض إذن عهداً أربعة : (١) العهد السابق على التقنين المدني القديم (٢) نظام الشهر في التقنين المدني القديم . (٣) نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ . (٤) نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر في سنة ١٩٤٦ وهو النظام القائم في الوقت الحاضر .

المرحلة الأولى - العهد السابق على التقنين المدني القديم

٢٥٢ - لم يجر نظام للشهر في ذلك العهد : قبل صدور التقنين المدني القديم - التقنين المدني المختلط في سنة ١٨٧٥ والتقنين المدني الوطني في سنة ١٨٨٣ - لم يكن هناك في مصر نظام معروف لشهر الحقوق العينية . وقد كانت الشريعة الإسلامية هي المعمول بها في ذلك العهد مع تشريعات خاصة أكثرها تجارية ، ولم يصدر أى تشريع يضع نظاماً للشهر (١)

٢٥٣ - نظام المكلفات الإدارية : على أنه مما خفف من عيوب تنظيم شهر الحقوق العينية نظام إدارى وضع لجى الضرائب العقارية عرف بنظام المكلفات . فقد كانت الأراضي في عهد محمد على تملكها الدولة ، ولم يكن للأفراد إلا حق الانتفاع بها انتفاعاً مؤقتاً في نظير جعل سنوى يقابل إرضية العقارية . وكان حق الانتفاع هذا ينتهى حتماً بالموت ، ولا يستطيع صاحبه أن ينزل عنه إلى آخر في حال حياته . ثم أبيع بعد ذلك للأفراد النزول عن حق الانتفاع ، وفي سنة ١٨٥٨ أصدر سعيد باشا لائحته المعروفة وجعل

(١) وقد قضت المحاكم المختلطة بأن الشريعة الإسلامية هي التي تسرى على عقود البيع فيما بين الأهالي قبل صدور للتقنينات الحديثة (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) ، وبأنه كان يمكن لانقضاء البيع توافق الإيجاب والقبول على البيع والشئ (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٤٠) .

للزراع الحق في التصرف في أراضيهم بالبيع والرهن وغير ذلك من التصرفات ، كما جعل الأرض تنتقل بالميراث إلى ورثة صاحب الحق فيها . ويتم نقل الحقوق على الأرض في حال الحياة بحجة رسمية يحررها القاضي الشرعي ، بحضور شهود . وبعد ترخيص من المديرية . وكان القاضي الشرعي قبل أن يحرر الحجة بنقل الحق يتحقق من صحة الحجج السابقة التي صدرت للبائع ، ثم يحرر الحجة بعد ذلك في دفتر أعد لتقييد التصرفات . ثم يتلو بعد ذلك عملية تسجيل في سجل خاص بالمديرية ، والغرض من هذه العملية إثبات كل تغير في شخص الملزم بالضريبة العقارية في المكلفات . فكان هذا النظام ، الذي وضع في الأصل لتنظيم جبي الضريبة العقارية بواسطة المكلفات وإثبات الأشخاص المتعاقبين الذين يلتزمون بدفع هذه الضريبة ، يستخدم في الوقت ذاته كطريق لشهر الحقوق العينية ، إذ كان السجل الخاص بكل مديرية علنياً يستطيع ذوو الشأن الاطلاع عليه لمعرفة الحقوق التي ترتبت على الأراضي .

وبمخلص من ذلك أن التصرف كان شكلياً لا بد من تحميره في حجة رسمية بواسطة القاضي الشرعي . بل يبدو أن الحق كان لا ينتقل إلى المتصرف إليه إلا بعد تسجيله في سجل المديرية ، فلو مات المتصرف له قبل هذا التسجيل لا ينتقل حقة إلى ورثته ، أما إذا تم التسجيل قبل وفاته فإن الحق ينتقل إلى الورثة (١) .

(١) أنظر في هذا المعنى استئناف مخطوط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٨٥ - ٢٩ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٦ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ١٣ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٦٩ - ١٢ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٧٣ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٢ - ٢٣ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠١ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٨١ - ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه كان يكفي توافق الإيجاب والقبول لانفاذ البيع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية وأن حجة البيع ليست إلا للإثبات (استئناف مخطوط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٣٤٠ وقد سبقت الإشارة إليه - ١٨ يونيو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٤٠٥ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٤٩ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦ وقد سبقت الإشارة إليه) .

المرحلة الثانية - نظام الشهر في التقنين المدني السابق

٢٥٤ - انبثاق نظام الشهر الفرنسي : وو عهد الإصلاح
القضائي ، عند صدور تقنينات المحاكم المختلطة والمحاكم الوطنية ، أدخل المشرع
المصري نظاماً لشهر الحقوق العينية اقتبس من النظام الفرنسي الذي كان قد
أدخل في فرنسا قبل ذلك بقانون ٢٣ مارس سنة ١٨٥٥ ، وهو نظام شهر
شخصي فيه العيوب التي قدمناها .

ولا تزال نصوص هذا التقنين المدني السابق معمولاً بها في حالة المحررات
التي لها تاريخ ثابت قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ - وهذا هو تاريخ العمل بقانون
التسجيل الذي سيأتي الكلام فيه - فتسرى عليها أحكام القوانين التي كانت
سارية عليها ، وهي بالذات نصوص التقنين المدني السابق . وتنص المادة ٥٤
من قانون تنظيم الشهر العقاري المعمول به اليوم في هذا المعنى على أنه « لا يسرى
هذا القانون على المحررات التي ثبت تاريخها ثبوتاً رسمياً قبل أول يناير سنة
١٩٢٤ ولا على الأحكام التي صدرت قبل هذا التاريخ ، بل تظل هذه
المحررات والأحكام خاضعة من حيث الآثار التي تترتب عليها لأحكام القوانين
التي كانت سارية عليها » (١) .

من أجل هذا يكون من المهم أن نورد أهم نصوص التقنين المدني السابق الخاصة
بنظام شهر الحقوق العينية ، ثم نبين بعد ذلك ما شاب هذا النظام من العيوب .

٢٥٥ - نصوص التقنين المدني السابق الخاصة بنظام الشهر :

النصوص الرئيسية التي تضع نظام الشهر العقاري في التقنين المدني السابق هي :
أولاً - نص يقرر بصفة عامة أن الملكية والحقوق العينية تنتقل فيما بين
المتعاقدين بالعقد دون حاجة إلى تسجيل . وهذا هو نص المادة ٧٣٢/٦٠٦ ،
ونجرب على الوجه الآتي : « في جميع المواد تثبت الملكية أو الحقوق العينية

(١) وانظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١٤ من قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ .

في حق مالكيها السابق بعد انتقال الملكية أثر الحق العيني أو بأي شيء يترتب عليه هذا الانتقال قانوناً .

ثانياً - نصوص أخرى كثيرة تقرر أن الملكية والحقوق العينية وبعض الحقوق الشخصية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بتسجيل التصرفات القانونية التي هي مصدرها ، دون الوقائع المادية كالميراث . فتعبر المادة ٧٣٥/٦٠٩ على ما يأتي : « وفي مواد العقار تثبت الحقوق العينية بالنسبة لغير المتعاقدين على حسب القواعد الآتية » . وهذه القواعد منصوص عليها في المواد ٧٣٦/٦١٠ - ٧٤٠/٦١٣ ، ونحصر هذه النصوص على الوجه الآتي : م ٦٣٧/٦١٠ - ملكية العقار والحقوق المتفرقة عنها إذا كانت آيلة بالإرث تثبت في حق كل إنسان بثبوت الوراثة » - م ٧٣٧/٦١١ - « الحقوق بين الأحياء الآيلة من عقود انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبتة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتملة على ترك هذه الحقوق تثبت في حق غير المتعاقدين ممن يدعى حقاً عينياً بتسجيل تلك العقود في قلم كتاب المحكمة التابع لها مركز العقار أو في المحكمة الشرعية » . م ٧٣٨/٦١٢ - ٧٣٩ - « الأحكام المتضمنة لبيان الحقوق التي من هذا القبيل أو المؤسسة لها يلزم تسجيلها أيضاً ، وكذلك الأحكام الصادرة بالبيع الحاصل بالمراد والعقود المشتملة على قسمة عين العقار » . م ٧٤٠/٦١٣ - « وكذلك يلزم تسجيل عقود الإيجار الذي يزيد مدته على تسع سنين وسندات الأجرة المعجلة الزائدة عن ثلاث سنين لأجل أن تكون حجة على غير المتعاقدين » .

ثم تنص المادتان ٧٤٢/٦١٥ - ٧٤٣/٦١٦ على الجزاء المترتب على عدم التسجيل ، ونجربان على الوجه الآتي : م ٧٤٢/٦١٥ - « في حالة عدم وجود التسجيل عند لزومه تكون الحقوق السالف ذكرها كأنها لم تكن بالنسبة للأشخاص الذين لهم حقوق عينية على العقار وحفظوها بموافقتهم للقانون » . م ٧٤٣/٦١٦ - « ومع ذلك فلهؤلاء الأشخاص الحق فقط في أن يتحصلوا على تنزيل مدة الإيجار إلى تسع سنين إذا كانت مدته زائدة عليها ، وفي ارجاع ما دفع مقدماً زيادة عن أجر الثلاث سنين » .

وتأيد النصوص المقدمة الذكر بنصين آخرين ، أحدهما ورد في أسباب

الملكية والحقوق العينية ، هو نص المادة ٦٩/٤٧ ونجى على الوجه الآتى :
« أما الأموال الثابتة بالملكية والحقوق العينية فيها لا تثبت بالنسبة لغير المتعاقدين
إلا إذا صار تسجيلها على الوجه المبين فى القانون » . والنص الثانى ورد فى
نصوص البيع . وهو نص المادة ٣٤١/٢٧٠ ونجى على الوجه الآتى : « لا تنتقل
ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع
كما سيذكر بعد ، متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً
وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » .

ثالثاً - نصوص ترد استثناء من القاعدة المتقدمة التى تنص بأن الحقوق
العينية لا تنتقل بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل ، وهى المواد ٧٤٤/٦١٧ -
٧٤٦/٦١٩ ، ونجى على الوجه الآتى .

م ٧٤٤/٦١٧ : « ويستثنى من الأصول السالف ذكرها الموهوب له
والموصى له بشئ معين ، فانهما لا يجوز لهما الاحتجاج بعدم التسجيل على من
ز بمقابل ملكية حق قابل للرهن أو حق انتفاع بالاستعمال أو السكنى بعقد
تاريخ صحيح سابق على تسجيلها » .

م ٧٤٥/٦١٨ : « وإنما يجوز هذا الاحتجاج لمن حاز الحق بمقابل من
الموهوب له أو الموصى له إذا سجل عقده أو حقه بالأولوية » .

م ٧٤٦/٦١٩ : « فى حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين
يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » .

رابعاً - نصوص تقرر نظام القيد فى الحقوق العينية التبعية الواقعة على عقار
يجوز الاحتجاج بها على الغير ، وذلك فيما عدا الرهن الحيازى العقارى فقد
رأينا أنه كان خاضعاً لنظام التسجيل لا لنظام القيد ونكتفى بالإشارة إلى هذه
النصوص المنفردة ، فهى فى الرهن الرسمى المواد ٦٨٩/٥٦٥ - ٦٩٠/٥٦٦ ،
وفى حق الاختصاص المواد ٧٢٢/٥٩٦ - ٧٢٦/٦٠٠ ، وفى حقوق الامتياز
العقارية المادة ٧٤١/٦١٤ . وكان يكتفى فى حفظ حق امتياز بائع العقار
بتسجيل عقد البيع ذاته دون حاجة لقيد حق الامتياز (م ٦٠١ سابقاً
٧٢٧/سادساً) .

خامساً - نصوص تنظم عملية التسجيل ودفاره ، ونكتن بالإشارة إليها وهي
المواد ٧٥٠/٦٢٢ - ٧٧٤/٦٤١ .

٢٥٦ - ما يستخلص من النصوص المتقدمة : ويستخلص من
النصوص المتقدمة الذكر أن نظام الشهر في التقنين المدني السابق كان يخضع
الحقوق العينية الأصلية لنظام التسجيل ، ويخضع الحقوق العينية النبعة لنظام
القيد ، باستثناء الرهن الحيازي العقاري وحق امتياز بائع العقار ، فإن الحق
الأول كان يخضع لنظام التسجيل والحق الثاني كان يجوز حفظه بتسجيل عقد
البيع . وغنى عن البيان أن القيد في الحقوق العينية النبعة كان ضرورياً لإمكان
الاحتجاج بالحق على الغير . وفي التسجيل كان نظام الشهر يقرر تمييزاً جوهرياً :
فالحقوق العينية الأصلية كانت تنتقل فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى التسجيل ،
أما بالنسبة إلى الغير فكانت لا تنتقل إلا بالتسجيل .

٢٥٧ - عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق : قلنا أن
عيوب نظام الشهر في التقنين المدني السابق هي عيوب نظام الشهر الشخصي
من ناحية الترتيب ومن ناحية الحجية . وزيد هنا ناحية ثالثة هي ناحية الحصر ،
فليست كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر في هذا النظام .

ونجمل الكلام في هذه العيوب فيما يأتي :

أولاً - من ناحية الترتيب - تعدد جهات الشهر : الشهر في هذا
النظام يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، ويزيد هذا العيب جساماً أن الشهر ليس
مركزاً في جهة واحدة بل هو موزع على جهات ثلاث .

فأما أن الشهر يتم وفقاً لأسماء الأشخاص ، فهذا هو المقوم الرئيسي لنظام
الشهر الشخصي ، وهو العيب البارز فيه . وقد قلنا أن صاحب المصلحة
لا يستطيع أن يعرف في هذا النظام كل ما وقع على عقار معين بالذات من
تصرفات وهذا هو الذي يعنيه ، بل إن ما يعرفه هو كل ما صدر من شخص

معبّر من التصرفات وهذا قد يبنى محاجته وقد لا يبنى (١) .

وأما أن الشهر ليس مركزاً في جهة واحدة ، فذلك راجع إلى النظام القضائي الذي كان قائماً في ذلك العهد . فقد كانت جهات الشهر في ذلك الوقت ثلاثة : المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . وكان الشهر يصح قانوناً في أية جهة من هذه الجهات الثلاث ، ولكن لا يكون نافذاً في حق الأجانب إلا إذا تم في المحاكم المختلطة (٢) . ولذلك كان الشهر أكثر ما يتم في قلم كتاب هذه المحاكم ، إذ يكون نافذاً في حق المصريين والأجانب جميعاً . ولكن بقيت المحاكم الشرعية جهة الشهر الطبيعية في التصرفات غير المعروفة في المحاكم المختلطة وهي الوقف . واستمرت أقلام الكتاب بالمحاكم الوطنية تقيد حقوق الاختصاص من تلقاء نفسها إذ القانون يوجب ذلك ، وكذلك أحكام الشفعة ونزع الملكية .

(١) وتزيد للمعربة باختلاف أبجدية اللغة العربية عن أبجدية اللغة الأجنبية ، وبتعدد اللغات الأجنبية التي تكتب بها الأسماء . فقد يبحث ذر المصلحة من اسم ويحبه مكتوباً بحسب التهجئة الفرنسية فلا يحبه ، فيوقن أن الشخص الذي يحمل هذا الاسم لم تصدر منه تصرفات . والواقع أن هذا الشخص صدرت منه تصرفات لم تظهر بالبحث ، لأن اسمه يكون مكتوباً بحسب التهجئة الإيطالية وهذه تختلف عن التهجئة الفرنسية . والأمثلة على ذلك كثيرة . وقد أورد الدكتور محمد شوقي في كتابه « الشهر العقاري علماً وعملاً » (ص ٥٢) مثلاً فيما كتبه بصدد قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ ويصدق على ما قبله ، حيث يقول : « ثمة صعوبات ومساوئ كثيرة نشأت من اختلاف الأبجدية العربية عن أبجدية اللغات الأجنبية . بل إن هذه اللغات ذاتها تختلف من حيث نطق حروفها الهجائية بعضها عن البعض ، كالحرف U الذي يلفظ بالإيطالية OU . فإذا فرضنا أن طالبا تقدم للبحث عن تصرفات باسم مراد Mourad أو جندى Guindi ، وأن الكاتب المكلف وهو إيطالي مثلاً كتب الكلمة من العربية للإيطالية Murad, Ghindi ، فالشهادة التي تعار على أساس ذلك البحث لن تكون عن الاسم الصحيح ، وبالتالي قد تكون ضلالية ، في حين أنها لو عملت عن الاسم الصحيح لكانت إيجابية » .

(٢) استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٧٢ - وانظر في تبادل الإخطاة بالتصرفات بين الجهات الثلاث الدكتور محمد شوقي « الشهر العقاري علماً وعملاً » ص ١٠ و ص ١٧ - وتقضى المادة ٣٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة في سنة ١٩١٠ بتكليف هذه المحاكم بأن توافي المحاكم المختلطة بملخصات العقود الناقلة للملكية ، وذلك بواسطة المحاكم الشرعية المكلفة بهذه المهمة . وهذا الإجراء هو في الواقع نتيجة لإلغاء وظيفة الموظف المختلط الذي كان ينتدب بأقلام المحاكم الشرعية . وتقضى المادة ٣٧٣ من اللائحة ذاتها بتكليف المكاتب المختلطة بدورها بأن توافي المحاكم الشرعية بملخصات ثلثة عن كل ما تقتطعه من المحررات المشار إليها لكي تسجل لديها في سجلات خاصة معدة لذلك .

فكان ذو المصلحة إذا احتاط لأمره يبحث في كل من المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية . ليستوثق من أنه استقصى جميع ما شهر من التصرفات التي نفيه .

ثانياً - من ناحية الحجية : ولم يكن لنظام الشهر في التفتين المدني السابق حجية كاملة كالحجية التي تقرن بنظام الشهر العيني أو السجل العقاري . فان الشهر بموجب نظام التفتين السابق ليس إلا تسجيل التصرف أو قيده كما هو على علاته وبجميع ما ينطوي عليه من عيوب . فإذا كان التصرف صحيحاً قبل الشهر ظل صحيحاً بعده ، وإذا كان باطلاً أو قابلاً للإبطال أو مشوباً بأي عيب آخر ظل بعد الشهر مشوباً بهذا العيب . فالشهر لا يصحح عقداً باطلاً ولا يبطل عقداً صحيحاً ، كما قدمت . فإذا صدر بيع مثلاً من غير مالك ، وسجل عقد البيع ، ظل هذا البيع بعد التسجيل كما كان قبل التسجيل عقداً قابلاً للإبطال ، وهو على كل حال لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو بعد أن يسجل . أما في نظام الشهر العيني فان هذا البيع متى سجل ينقل الملكية إلى المشتري بحكم التسجيل ذاته لا بحكم البيع ، وبأخذ المالك الحقيقي الذي سلب ملكه على هذا الوجه تعريضاً عما أصابه من الضرر من خزانة الجهة القائمة على الشهر .

وزاد من جسامه هذا العيب أن المحررات التي كانت تقدم للشهر كانت تقبل كما هي ، دون فحص أو نحر للاستيثاق من صحتها . وكان الناس يلجأون في تحرير تصرفاتهم إلى الكتابة العرفية لتجنب نفقات التوثيق ، وكثيراً ما كانت تأتي هذه التصرفات غير محكمة التحرير ، سواء في تعيين شخصية المتعاقدين أو في وصف العقار وتحديد . بل إنه لم يكن هناك ضمان أن التوقيع على هذه المحررات ليس مزوراً ، إذ لم يكن بطلب التصديق على إمضاء المتعاقدين ، فكثير من أجل ذلك شهر التصرفات المزورة .

ثالثاً - من ناحية المحصر : ولم تكن كل التصرفات التي ينبغي شهرها واجبة الشهر طبقاً لنظام التفتين المدني السابق ، فلم يحصر هذا النظام التصرفات

حصراً دقيقاً حتى يشملها جميعاً . وقد شاع القصور في شهر التصرفات ، ورجع ذلك إلى أسباب أربعة :

١- لم يكن التسجيل ضرورياً لنقل الحقوق العينية فيما بين المتعاقدين ، بل كان العقد وحده كافياً لذلك ، وهذا مبدأ جوهرى من مبادئ نظام الشهر في التقنين المدنى السابق أخذه عن نظام الشهر الفرنسى كما قدمنا . وترتب على ذلك من الناحية العملية أن كثيراً من المتعاملين كانوا لا يلجأون إلى شهر تصرفاتهم ، ويقنعون بأن الحق قد انتقل إليهم بموجب التصرف غير المسجل فيما بينهم وبين المتعاملين معهم . وهذا الاطمئنان الذى لا مبرر له كانت العادة تثبته ، وتشجع عليه الرغبة في تجنب إجراءات الشهر ونفقاته . فكان من ذلك أن يبقى التصرف دون أن يتناول الشهر ، فلا يكون حجة على الغير ، وكثيراً ما كان يلجأ المتصرف الأول إلى التصرف مرة أخرى في العقار غشاً منه . فكان كثير من المتعاملين يضارون أبلغ الضرر من جراء ذلك ، كما كان كثير من التصرفات الواجبة الشهر لا تشهر فعلاً مما زعزع أسس نظام الشهر ذاتها .

٢- وبفرض أن التسجيل تناول كل التصرفات الواجب شهرها ، فإن القانون نفسه كان يخرج بعض الوقائع الهامة من منطقة الشهر . فهو لا يدخل في هذه المنطقة إلا التصرفات فيما بين الأحياء . ويترتب على ذلك أنه لم يكن خاضعاً للشهر سبب هام من أسباب نقل الملكية ، وهو الميراث ، لأنه ينقل الملكية بالموت ، بل إنه ليس بتصرف قانونى . وقد نصت المادة ٧٣٦/٦١٠ من التقنين المدنى السابق على هذا الحكم صراحة كما رأينا ، إذ تقول : « ملكية العقار والحقوق المتفرعة عنها إذا كانت آيلة بالإرث تثبت في حق كل إنسان بثبوت الوراثة » . فلا يخضع الميراث لنظام الشهر ، مع أنه سبب من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الحقوق . وكذلك الوصية لم تكن تخضع لنظام الشهر ، لأنها لا تدخل في نطاق التصرفات فيما بين الأحياء إذ هي تصرف لما بعد الموت . وقد نجم عن ذلك أن ثغرة واسعة قد انفرجت في بناء الشهر ، وأصبح من الصعب متابعة تسلسل انتقال الملكية في العقار ، وقامت مشاكل معقدة من جراء ذلك .

٣ - وفوق ذلك قد ترك نظام الشهر ثغرة أخرى في التصرفات ما بين الأحياء ذاتها . فالمشروع قد ذكر في المادة ٧٣٧/٦١١ الحقوق الخاضعة لنظام الشهر وهي : الحقوق بين الأحياء الآيلة من عند انتقال الملكية أو الحقوق العينية القابلة للرهن أو من العقود المثبنة لحقوق الارتفاق والاستعمال والسكنى والرهن العقاري أو المشتملة على ترك هذه الحقوق ، فلم يذكر التصرفات الكاشفة عن الحقوق العينية ، فهذه تصرفات هامة لم تكن خاضعة لنظام الشهر كما وضعه التقنين المدنى السابق (١).

٤ - وأخيراً لم يكن نظام الشهر في التقنين المدنى السابق دقيقاً في فصل الحقوق العينية الأصلية التى تخضع لنظام التسجيل والحقوق العينية التبعية التى تخضع لنظام القيد . فقد أدخل بعض حالات الحقوق العينية التبعية فى نظام التسجيل مع أن نظام القيد هو النظام الصالح لها (٢).

فعل ذلك فى حالتين : (الحالة الأولى) هى الرهن الحيازى العقارى ، فقد أخضعه كما رأينا لنظام التسجيل دون نظام القيد فى غير مبرر (٣). (والحالة الثانية) هى حالة امتياز بائع العقار ، فقد جاء فى المادة ٦٠١ مابعداً ٧٢٧ مادمماً كما رأينا ما يأتى : « فاذا كان المبيع عقاراً ، كان ثمنه ممتازاً أيضاً إذا كان تسجيل البيع حصل على الوجه الصحيح » . وهذا النص يحفظ حق امتياز البائع

(١) وأغفل التقنين المدنى السابق أيضاً النص على تسجيل الوقف . وقد ذهبت أحكام كثيرة (استئناف وطنى ١٥ أبريل سنة ١٩١٦ المحاماة ١ رقم ١ ص ٩ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦٠ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٧ - ١٨ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٠٨) إلى أن القانون لا يستلزم تسجيل إشهاد الوقف ليكون حجة على الغير . ولم تعدل المحاكم عن قضائها هذا إلا بعد صدور القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٢٠ ، الذى أوجب تسجيل إشهاد الوقف فى سجلات المحاكم الشرعية . وقد عدل هذا القانون بالمرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ الصادر بترتيب لائحة المحاكم الشرعية .

(٢) فالقيد يجب تجديده كل عشر سنوات ، فبغنى التجديد ذا المصلحة عن البحث لمدة أكثر من عشر سنوات .

(٣) وإذا كان الرهن الرسمى وهو يخضع لنظام القيد يجب أن يكتب فى ورقة رسمية ، فليس ذلك مبرراً لأن يكون الرهن الحيازى وهو يكتب فى ورقة عرفية خاضعاً لنظام التسجيل ، إذ من الممهل الحصول على البيانات اللازمة للقيد حتى من الأوراق العرفية .

(م ٢٩ - الوسيط ج ٤)

على العقار ، حتى لو اكتفى البائع بتسجيل البيع وذكر فيه أن الثمن أو جزءاً منه لا يزال مستحقاً في ذمة المشتري ، دون حاجة إلى قيد حق الامتياز ذاته . وكان المتعاملون فيه يكتفون فعلاً بذلك ، إذ كانت عقود البيع تسجل ، وفي تسجيلها شهر للعقد ذاته وفي الوقت نفسه حفظ لحق الامتياز .

المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣

٢٥٨ - محاولات الإصلاح السابقة على صدور قانون التسجيل

هذه العيوب التي بسطناها فيما تقدم جعلت نظام الشهر كما كان قائماً في التقنين المدني السابق نظاماً غير صالح ، واجتمعت الكلمة على ضرورة إدخال نظام الشهر العيني أو السجل العقاري في مصر ، سدا لهذه الثغرات وتلافياً لهذه العيوب .

وقد بدأت حركة الإصلاح هذه بمشروعين قدمتهما الحكومة في سنة ١٩٠٢ إلى اللجنة التشريعية الدولية . وأول هذين المشروعين كان الغرض منه توحيد جهات الشهر وتركيزها جميعاً في جهة واحدة . وكان الغرض من المشروع الثاني إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد فرغت اللجنة التشريعية الدولية من دراسة المشروعين ، وأقرتهما معاً في سنة ١٩٠٤ . ولكن هذه المحاولة لم يعقبها تنفيذ ، بل بقيت الأمور كما كانت من قبل ، وبقي المشروعان اللذان أقرتهما اللجنة التشريعية الدولية على حالتهما إلى سنة ١٩٢٠ ، إذ شكلت لجنة لبحث مشروع إدخال السجل العقاري في مصر ، فأعادت هذه اللجنة بحث المشروعين الذي ذكر وانتهت إلى إقرارهما مرة أخرى . وقد وافق مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ على تقرير هذه اللجنة الذي يقر المشروعين السابقين ، وشكل لجنة جديدة مهمتها دراسة الوسائل العملية وتعيين الطرق المناسبة للوصول إلى تحقيق الإصلاح المرجو . وقد رأت هذه اللجنة ، بعد دراسة عملية ، إرجاء إدخال نظام السجل العقاري حتى يتم التمهيد له باصلاحات ضرورية تجعل تنفيذه أمراً ميسوراً . واقترحت تحقيقاً لهذا الغرض مشروع قانون يدخل إصلاحات جوهرية في نظام الشهر ، تمهيداً لإدخال نظام السجل العقاري . وعرض

مشروع القانون على الجمعية التشريعية المختلطة ليكون نافذاً على الأجانب ،
فوافقت عليه في ٣٠ مارس سنة ١٩٢٣ (١).

فصدر بناء على كل ذلك قانون التسجيل في ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٣ ، وهو
قانونان يشتملان على نصوص واحدة ، أحدهما قانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣
ويسرى على المحاكم الوطنية ، والآخر قانون رقم ١٩ لسنة ١٩٢٩ ويسرى
على المحاكم المختلطة . وقد جعل مبدأ سريان قانون التسجيل أول يناير سنة ١٩٢٤ ،
أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ فتخضع في شهرها لنصوص
التقنين المدني السابق كما قدمنا .

ولا تزال نصوص قانون التسجيل معمولاً بها في شأن جميع المحررات التي تم
شهرها قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ ، وهو تاريخ نفاذ قانون تنظيم الشهر العقاري
الذي تلى قانون التسجيل ، فإن المادة ٥٦ من القانون الأخير - تنص على أن جميع
المحررات التي تم شهرها في جهة من الجهات المختصة وفقاً للقواعد السارية قبل
العمل بأحكام هذا القانون تكون حجة على الكافة من وقت العمل بهذه الأحكام .
من أجل ذلك يكون متعيناً هنا أيضاً أن نورد أهم النصوص التي اشتمل عليها

(١) نصح المستشار القضائي منذ سنة ١٨٩٠ بإصلاح نظام الشهر ، فتم في سنة ١٩٠٢
إعداد مشروعين ، يرمي أولهما إلى توحيد أقلام التسجيل ، ويهدف ثانيهما إلى إحلال نظام السجل
العقاري محل نظام الشهر الشخصي وهما المشروعان المشار إليهما في المتن . وقد عرض هذان
المشروعان في سنة ١٩٠٤ على لجنة دولية فنية لبحثهما ، فأقرتهما في سنة ١٩٠٨ ، ولكن
الدول صاحبات الامتياز لم توافق عليهما . وفي سنة ١٩١٧ عهدت لجنة الامتيازات إلى لجنة
فرعية ، عرفت باسم لجنة دوسن نسبة إلى رئيسها مستر دوسن الذي كان مديراً لمصلحة المساحة ،
ببحث موضوع إدخال نظام السجل العقاري في مصر . وقد استمرت اللجنة الفرعية في عملها بعد
انقطاع لجنة الامتيازات ، وقد أعاد مجلس الوزراء في أول مايو سنة ١٩٢٠ تشكيلها كاجنة
مستقلة ، وانتهت اللجنة من عملها في أواخر تلك السنة . وألف مجلس الوزراء في ٢٥ أبريل
سنة ١٩٢٣ لجنة خاصة للبحث عن أفضل الطرق لتنفيذ اقتراحات لجنة دوسن على المصريين
والأجانب جميعاً ، ولوضع مشروع قانون يتضمن اقتراحات اللجنتين معاً ، وهي اللجنة المشار
إليها في المتن ، فوضعت المشروع الذي صدر به قانون التسجيل سنة ١٩٢٣ (أنظر الأستاذ
محمد كامل مرسي في شهر التصرفات العقارية فقرة ٣٧ وما بعدها - الأستاذ أنور سلطان
ص ١٨٨ هامش رقم ١ - مقالاً للأستاذ محمد علي هرة في مجلة القانون والاقتصاد ١٨
العدد الثالث) .

قانون التسجيل، ونبين بعد ذلك ما عالجته هذا القانون من عيوب في نظام التقنين المدني السابق وما بنى قائماً من هذه العيوب .

٢٥٩ - ألهم بنصوص قرار الفصيل : تناول قانون التسجيل

المحررات التي يجب شهرها ، ثم بنص على ما يجب القيام به لتحري الدقة في هذه المحررات .

أولاً - المحررات التي يجب شهرها : أما المحررات التي يجب شهرها

فبعضها يخضع لنظام القيد ، وهي المحررات المتعلقة بالرهن الرسمي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، وهذه تركها لنصوص التقنين المدني السابق وقد تقدم ذكرها . أما ما يخضع منها لنظام التسجيل فقد تناولها على الوجه الآتي :

١ - تناولت المادتان الأولى والثانية العقود المنشئة للحقوق العينية العقارية أو الناقلة أو المغيرة أو المزيلة لها والأحكام المثبتة لهذه العقود ، وكذلك العقود والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية وعقود الإيجار والمحالصات بالأجرة . ورتبت على عدم التسجيل في الطائفة الأولى عدم إنتاج الأثر بالنسبة بين الغير وفيما بين المتعاقدين ، وفي الطائفة الأخرى عدم إنتاج الأثر بالنسبة إلى الغير فقط .

فقد نصت المادة الأولى على أن جميع العقود الصادرة بين الأحياء بعوض أو غير عوض ، والتي من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني عتاري آخر أو تصد أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية التي يترتب عليها شيء من ذلك ، يجب إشهارها بواسطة تسجيلها في قلم كتاب المحكمة الابتدائية الكائن في دائرتها العقار أو في المحكمة الشرعية ، وذلك مع مراعاة النصوص المعمول بها الآن في مواد الامتياز والرهن العقاري والاختصاصات العقارية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم . ولا يكون للعقود غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين المتعاقدين . وتعتبر أحكام هذه المادة مقيدة للنصوص

الخاصة بانتقال الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد الإيجاب والقبول بين المتعاقدين .

ونصت المادة الثانية على أنه : يجب أيضاً تسجيل ما يأتي : أولاً - العقود والأحكام النهائية المقررة لحقوق الملكية أو الحقوق عينية العقارية الأخرى المشار إليها في المادة السابقة بما فيها القسمة العقارية . ثانياً - الإجازات التي تزيد مدتها عن تسع سنوات والمخالصات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً (١) . فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير (٢) ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخها استدليس غير أنه فيما يتعلق بالعقود المشار إليها في الفقرة الثانية من هذه المادة ، لا يكون للغير سوى حق تخفيض الإجارة إلى تسع سنوات إذا زادت مدتها عن ذلك ، وعدا عدم اعتماده ما دفع مقدماً رائداً عن أجرة ثلاث سنين .

٢ - وتناولت المواد ٧ و ١٠ و ١٢ دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع المقدمة ضد العقود واجبة التسجيل ، وهي العقود التي تقدم ذكرها في المادتين الأولى والثانية ، لأنها دعاوى من شأنها أن تزيل أثر هذه العقود ، فوجب شهرها إما بالتأشير على هامش تسجيل العقد إذا كان العقد قد سجل ، وإما بتسجيل صحيفة الدعوى إذا كان العقد لم يسجل . وكذلك تناولت هذه المواد دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية ، لأنها دعاوى قد تكون نتيجة الكشف عن أن صاحب الحق العيني هو غير الشخص المعروف للناس ، فوجب شهرها هي أيضاً إما بالتأشير على هامش تسجيل المحرر الذي يثبت الحق للمدعى عليه

(١) وأغفل النص الحوالة بالأجرة مقدماً كما أغفلها التقنين المبدئي السابق (م ٦١٣/٧٤٠) . وتدارك الأمر قانون تنظيم الشهر العقاري ، فذكرها في المادة ١١ منه .

(٢) وقد بينت المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل علة التفرقة بقولها : « هناك عقود وأحكام لا يمكن اعتبارها كأن لم تكن بمجرد عدم تسجيلها ، فالأحكام المقررة لحقوق الطرفين والعقود التي من هذا القبيل يجوز اشتراط تسجيلها حتى يعلم بها الغير مع النص على أنها لا تكون حجة على الغير إذا لم تسجل . إلا أنه لا يمكن تجريد هذه الأحكام وهذه العقود من قيمتها الجوهرية وهي الإقرار بحق سابق الوجود ، وهذا الاختلاف في النوع الذي ينجم عنه الاختلاف في الأثر المترتب على تسجيل هذا أو ذلك النوع من العقود والأحكام يعود وضع مادتين مختلفتين .

إذا كان هذا المهرر موجوداً وسبق تسجيله ، وإما بتسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق إذا كان المهرر غير موجود كما في الحيازة أو كان موجوداً ولم يسبق تسجيله (١) . ونصت هذه المواد أيضاً على وجوب التأشير بمنطوق الحكم الذي يصدر في دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع والاستحقاق ، إما في ذيل التأشير بالدعوى إذا كانت صحيفة الدعوى قد أشر بها على هامش تسجيل المهرر ، وإما في هامش تسجيلها إذا كانت صحيفة الدعوى قد سجلت على النحو الذي قدمناه . ونصت أخيراً على أثر تسجيل صحيفة الدعوى أو التأشير بها في الدعاوى المتقدمة الذكر والتأشير بالحكم الصادر في هذه الدعاوى ، فجعلت الحق العيني حجة على الغير من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها لا من تاريخ التأشير بالحكم بحسب .

ونورد هذه النصوص : نصت المادة ٧ من قانون التسجيل على أنه « يجب

(١) وقد أدخلت محكمة النقض دعوى صحة التعاقد ضمن دعاوى الاستحقاق ، باعتبارها دعوى استحقاق بحسب المال ، وقالت في أسباب حكمها : « بما أن المادة السابعة من قانون التسجيل نصت على أنه يجب التأشير على هامش سجل المهررات واجبة التسجيل بما يقدم خدماً من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المهرر الأصل لم يسجل سجل تلك الدعاوى ، وكذلك دعاوى استحقاق أي حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكر . ويستفاد من الشرط الأخير للمادة أن دعوى الاستحقاق قد تكون مبنية على عقد مسجل ، وقد تكون مبنية على وضع يد أو ميراث أو عقد غير مسجل أو عقد شفوي ، إذ عموم النص يعم ذلك . لهذا يجب لجعل عموم النص مفيداً أن تفسر دعاوى الاستحقاق الواردة في المادة السابعة بالدعاوى التي يكون غرض رافعها منها الوصول إلى الاستحقاق حالاً أو مآلاً ، كدعاوى صحة التعاقد العرفي ودعاوى إثبات البيع الشفوي ، لأنها تؤزل بعد تسجيل الأحكام صادرة فيها إلى استحقاق رافعها للملكية المقار موضوع الدعوى . ولا غرابة أن يكون المشرع وضع عبارة دعاوى الاستحقاق وقصد منها دعاوى الاستحقاق ولو مآلاً ، فقد جرى على ذلك في المادة الأولى من قانون التسجيل إذ عبر عن المقود الواجب تسجيلها بأنها من شأنها إنشاء حق ملكية المقار أو حق عيني مع أنها لا تنشئ ذلك الحق إلا بعد تسجيلها ، فعبارة « من شأنها إنشاء حق الملكية » وضعت للمثنية مآلاً » (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣) . وانظر أيضاً نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٧ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٨ ص ٥٢٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ الهامة ٣١ رقم ٤٩ ص ٩٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٥٨ ص ٤٠٤ . وسنورد إلى هذه المسألة : أنظر ما يلى فقرة ٢٧٣ .

التأشير على هامش سجل المحررات واجبة التسجيل بما يقدم ضدها من دعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع فيها ، فإذا كان المحرر الأصلي لم يسجل فتسجل تلك الدعاوى . وكذلك دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية يجب تسجيلها أو التأشير بها كما ذكره . ونصت المادة ١٠ من قانون التسجيل على أن « يؤشر بمنطوق الحكم الصادر فى الدعاوى الميئة بلادة السابعة فى ذيل التأشير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » . ونصت المادة ١٢ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتب لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو تأشير بها . وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأشير المشار إليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتساب (١) » .

٣ - ولم يقتصر قانون التسجيل على تنظيم شهر الحقوق العينية ومعها عقود الإيجار والمخالفات ، بل نظم أيضاً شهر الحقوق الشخصية إذا كانت مضمونة بتأمينات عينية عقارية كرهن أو امتياز ، لأن انتقال الحق الشخصى فى هذه الحالة من دائن إلى دائن يقتضى انتقال التأمين العينى معه ، فيجب شهر انتقال التأمين العينى حتى يمكن الاحتجاج به على الغير . ويتم الشهر عن طريق التأشير بهامش القيد الأعملى للتأمين .

(١) وبالرجوع إلى النصوص والمبادئ السارية وقت اكتساب هذه الحقوق ، وهى مبادئ التقنين المدنى السابق ، يتبين أن القاعدة من أن البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع لها عادة أثر رجعى ، فتزول حقوق الغير بحكم هذا الأثر ، وذلك إلا فى حالات استثنائية إذا كان الغير دائناً مرتباً وهذا رسمياً وكان حسن النية فإن حقه لا يتأثر بما يصيب ملكية الراهن من زوال بسبب البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . وسنرى أن المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى وسمت هذه الحماية للغير حسن النية ، فلم تقصرها على الدائن المرتهن حسن النية ، بل شملت كل من تلقى حقاً عينياً على العقار بحسن نية وقام بشهره قبل تسجيل دعوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع أو التأشير بها (أنظر الأستاذ عبد المنعم البدر دوى ص ٢٠٢ - ص ٢٠٤) . وقد وسمت محكمة الاستئناف المختصة فى أحد أحكامها هذه الحماية قبل العمل بقانون تنظيم الشهر العقارى ، فقضت بأن دعوى الفسخ التى سجلت صحيفتها بعد تسجيل عقد بيع صادر من المشتري إلى مشتر ثان لا يبرىء حكم الفسخ الصادر فيها فى حق المشتري الثانى (استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٤٨) .

وهذا ما تكفلت به المادة ١٣ من قانون التسجيل ، فنصت على أنه « لا يصح التمسك في وجه الغير بتحويل دين مضمون برهن عقارى أو بامتياز عقارى ، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذه الحقوق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن ترتيب الرهن العقارى ، إلا إذا حصل التأشير بذلك بهامش التسجيل الأصيل . ويتم التأشير بناء على طلب المحول إليه أو الدائن المرتهن أو الذى حل محل الدائن السابق ، وبشتمل التأشير : أولاً - على تاريخ السند وصفته . ثانياً - على أسماء الطرفين وألقابهم وصناعتهم ومحل إقامتهم . ثالثاً - على بيان التسجيل الأصيل مع نمرة المسلسلة وتاريخه ورقم صفحة السجل » .

ثانياً - ما يجب القيام به لتحرى الدقة في المحررات واجبة الشهر :
وقد توخى قانون التسجيل تحرى الدقة في المحررات واجبة الشهر ، حتى تكون خالية من العيوب بقدر الإمكان قبل تسجيلها .

فنصت المادة ٣ من قانون التسجيل على أنه « يجب أن تشمل المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المفيدة في الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات ، وعلى الأخص : (أ) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لأبائهم وكذلك محل إقامة الطرفين . (ب) بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمر القطع إذا كانت واردة في قوائم فك الزمام ، وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع . وجب في عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ ونمرة تسجيل عقده إذا كان مسجلاً » .

ونصت المادة ٤ من قانون التسجيل على أن « المحررات العرفية التى لا تشمل على البيانات الموضحة بالمادة السابقة لا يمكن تسجيلها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقفية . وعلى كل حال تأخذ هذه المحررات في دفتر العرائض نمراً مسلسلته تحفظ لها دورها حتى يصدر أمر القاضى ، ويجب تقديم الطلب إليه في مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً (١) » .

(١) أى من تاريخ أخذ المحرر النمرة المسلسلة .

ونصت المادة ٥ من قانون التسجيل على أنه « تسهلاً لمراعاة ماورد في المادة الثالثة تقدم الحكومة لأرباب الشأن نماذج مطبوعة لأهم العقود التي يقضى القانون بتسجيلها » .

ونصت المادة ٦ من قانون التسجيل على أنه « يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المهررات العرفية المقدمة للتسجيل . ويكون التصديق بمعرفة أحد الموظفين أو المأمورين العموميين الذين يعينون بالقرارات المنصوص عنها في المادة السابعة عشرة » .

فيتلخص إذن مايجب القيام به لتحري الدقة في المهررات واجبة الشهر في الأمور الآتية : (١) الدقة والتعريف بشخصية المتعاقدين . (٢) الدقة في تحديد ذاتية العقار وأصل ملكية البئع له . (٣) التصديق على إمضاءات وأختام المتعاقدين .

٢٦٠ - ما عالج قانون التسجيل من وجوه النقص في نظام الشهر

السابق عليه : ونرى مما تقدم أن قانون التسجيل حالج بعض وجوه النقص التي كانت بارزة في نظام الشهر الذي وضعه التقنين السابق . وأهم وجوه النقص التي عالجها هي :

أولاً - جعل التسجيل لازماً في نقل الحقوق العينية ، لا بالنسبة إلى الغير فحسب ، بل أيضاً فيما بين المتعاقدين . فدفع للناس بذلك إلى أن يحرصوا على تسجيل العقود أكثر مما كانوا يفعلون في عهد التقنين المدني السابق ، حيث كان الحق العيني ينتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين مما كان يغرى بالاكتماء بهذا الأثر . على أن ظاهرة الإهمال في تسجيل العقود لم تختف بالرغم من ذلك في عهد قانون التسجيل . وقد جعل هذا القانون تسجيل العقد بعوض ضرورياً حتى في مواجهة الموهوب له الذي سجل عقده قبل تسجيل المعاوضة ، وقد رأينا أن التقنين المدني السابق يقدم المشتري الذي لم يسجل عقده على الموهوب له الذي سجل الهبة .

ثانياً - تناول قانون التسجيل في وضوح العقود والأحكام الكاشفة عن

الحقوق العينية ، كالفسحة والصلح ، فأوجب تسجيلها ليجوز الاحتجاج بها على الغير .

ثالثاً - تناول قانون التسجيل دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والرجوع في العقد ودعوى الاستحقاق ، فأوجب شهرها ، وجعل الاحتجاج على الغير بالأحكام التي تصدر في هذه الدعاوى من تاريخ شهر صحيفة الدعوى لا من تاريخ شهر الحكم فحسب .

رابعاً - تناول قانون التسجيل الحقوق الشخصية المضمونة بتأمين عيني عقارى ، فأوجب شهر حوالتها أو رهنها أو حلول دائن جديد فيها محل الدائن الأصلي في الحق أو في المرتبة ، ليجوز الاحتجاج بذلك كله على الغير .

خامساً - اتخذ قانون التسجيل إجراءات حاسمة أوجب القيام بها لتحرى الدقة في تحرير العقود واجبه لـ . فحطاً بذلك خطورة جدية نحو إدخال نظام السجل العقارى وما يتطلبه هذا النظام من الدقة التامة في ذلك . ففرض كما رأينا تحديد شخصية المتعاقدين وذاتية العقار وأصل ملكية البائع له ، وأوجب التصديق على الإمضاءات والأختام توكيداً للتزوير

٢٦٦ - ما تركه قانون التسجيل دون علاج من عيوب نظام الشهر

السابق عليه . وإذا كان قانون التسجيل قد قطع مرحلة في التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى في مصر تحقيقاً للغرض الذى سن من أجله كما جاء في ديباجته (١) ، فإنه لم يقطع الطريق إلى نهايته ، بل ترك دون علاج كثيراً من عيوب نظام الشهر الذى قرره النسخين المدنى السابق . وأهم هذه العيوب التى بقيت لاصقة بنظام الشهر فى عهد قانون التسجيل هى :

أولاً - - بقى نظام الشهر نظاماً شخصياً وفقاً للأسماء لا تبعاً للعقار ، وقد

(١) فقد جاء في ديباجة هذا القانون : « وبعد الاطلاع على ماقرره مجلس الوزراء بتاريخ ٢٥ أبريل سنة ١٩٢٢ من الموافقة مبدئياً على إدخال نظام السجلات العقارية في القطر المصرى . وحيث أنه يجب قبل إدخال هذا النظام في البلاد إجراء بعض تعديلات في النظام ائحال الخاص بالحقوق العينية العقارية » .

قدمنا أنه لا يتحول إلى نظام عيني إلا بادرخال نظام السجل العقارى .

ثانياً - بئى الشهر لاحجبة له فى ذاته ، فالعقد بشهر على علاته ، فان كان باطلا بئى باطلا ، وإن كان لاينقل الحق المبئى فهو لاينقله حتى بعد الشهر . وقد قدمنا أن الحجبة الكاملة المتربة على الشهر فى ذاته لا تكون إلا بادرخال نظام السجل العقارى .

ثالثاً - بقيت جهات الشهر متعددة ، وبئى الشهر جائزاً فى المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، كما كان الأمر فى عهد التقنين الملى السابق .

هذه هى العيوب الرئيسية الثلاثة التى لم يعالجها قانون التسجيل ، وكان من المتعذر عليه معالجتها قبل إلغاء الامتيازات الأجنبية أو التخفف منها بالنسبة إلى تعدد جهات الشهر ، وقبل إادرخال نظام السجل العقارى بالنسبة إلى النظام الشخصى وإلى الحجبة غير الكاملة للشهر .

يضاف إلى هذه العيوب الرئيسية غيبان آخران ، كان فى استطاعة المشرع أن يعالجهما فى قانون التسجيل لو أنه توخى مزيداً من العناية ، وهذان العيبان هما :

أولاً - لم يستفص قانون التسجيل استقصاء تاماً المحررات التى يجب شهرها . فهو قد اقتصر فى التصرفات القانونية على العقود ما بين الأحياء ، وترك التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوقف إذ بئى شهره مقصوراً على المحاكم الشرعية ، وترك كذلك التصرفات والوقائع التى تنقل الملك بسبب الموت وهى الوصية والإرث ، وعدم شهرها ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره التقنين الملى السابق ، فبئى ثغرة واسعة فى نظام الشهر الذى قرره قانون التسجيل . وترك أيضاً دون شهر القرارات الإدارية التى تنقل الملك كرسوم نزع الملكية وكاذن الحكومة فى إحياء الأرض الموات وكقرار وزير المالية فى توزيع طرح البحر . ولم ينص صراحة على شهر دعوى صحة التعاقد مع أهمية النص . على ذلك ، وإن كانت محكمة النقض أدرخلت هذه الدعوى فى شئ من التجاوز ضمن دعاوى الاستحقاق .

ثانياً - لم يجمع قانون التسجيل نظام القيد إلى نظام التسجيل ، بل فرق
هما ، فتكفل هو بنظام التسجيل وترك نظام القيد كما كان منصوباً عليه في
التقنين المدني السابق . وهذا سبب استحدثه قانون التسجيل إذ لم يكن موجوداً
في التقنين المدني السابق ، فقد كان هذا التقنين يشتمل على النظامين معاً وإن
تناثرت النصوص في أماكن متفرقة متباعدة . وكان الخبر أن يجمع للتسجيل
والقيد في نظام واحد ، وأن يلتئم شتات النصوص المتفرقة التي تعرض لكل
من الأمرين . ولو فعل قانون التسجيل ذلك ، لأمكن تدارك عيب وقع فيه
التقنين المدني السابق ، وهو إبقاء بعض الحقوق العينية التبعية - رهن الحيازة
عقارى وامتنياز بائع العقار - خاضعة لنظام التسجيل دون نظام القيد الذى كان
من الواجب أن تخضع له كل الحقوق العينية التبعية .

المرحلة الرابعة - في نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر العقارى

٢٦٢ - الظروف المبررة لصدر هذا التشريع : تبيأت

الظروف للتقدم بنظام الشهر مرحلة رابعة . فقد كانت العيوب التي لم يعالجها
قانون التسجيل ، والتي أشرنا إليها فيما تقدم ، عيوباً جديدة تحول دون مراعة
الأخذ بنظام السجل العقارى . ثم إن نظام الامتيازات الأجنبية ، عند ما كان
متغلغلا في مصر ، منع من توحيد جهات الشهر كما رأينا . فعند ما لاحت بارقة
في إلغاء هذا النظام . ثم عند ما تقرر إلغاؤه فعلا ، ودخلت مصر في مرحلة
انتقالية مدتها اثنتا عشرة سنة من سنة ١٩٣٧ إلى سنة ١٩٤٩ تمهد لإلغائه إلغاء تاماً ،
كانت الظروف مواتية للنظر في توحيد جهات الشهر حتى قبل إلغاء نظام
الامتيازات وفي أثناء مرحلة الانتقال وقد أوشكت على الانقضاء .

هذه الظروف مجتمعة هيأت الجو لإصدار تشريع جديد يعالج العيوب
التي تركها قانون التسجيل . علاج في نظام الشهر ، وبوجه خاص يوحد
جهات الشهر في جهة واحدة فتزول المساوئ الناجمة عن تعدد الجهات . وقد
كان التقنين المدني الجديد في طريقه إلى الصدور وقت ذاك ، وكان من الممكن
تضمينه هذا التشريع الجديد . وقد تضمنه المشروع النهائى للتقنين الجديد فعلا ،

لولا أن اللجنة التشريعية لمجلس النواب رأت جعل نظام الشهر العقارى فى قانون خاص منفصل عن التقنين المدنى ، لأنه على كل حال قانون مؤقت الغرض منه التمهيد لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فقصيره حتما إلى الزوال بمجرد إدخال هذا النظام .

فصدر قانون تنظيم الشهر العقارى - وهو قانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ - فى ١١ من شهر أغسطس سنة ١٩٤٦ ، ليكون معمولا به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهذا هو التشريع المعمول به فى الوقت الحاضر ، ويسرى على جميع المحررات واجبة الشهر التى تصدر من تاريخ العمل به . أما المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٤٧ فيسرى عليها قانون التسجيل ، ويسرى على المحررات الثابتة التاريخ قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ نصوص التقنين المدنى السابق . وقد تقدم ذكر ذلك .

فنستعرض أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، ثم نبين وجوه الإصلاح التى حققها ، والميوب التى تركها دون علاج إلى أن يتم إدخال نظام السجل العقارى فى مصر

٢٦٣ - أهم نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى : نناول نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى توحيد جهات الشهر والمحررات الواجب شهرها وإجراءات الشهر .

أولاً - توحيد جهات الشهر : وحد قانون تنظيم الشهر العقارى جهات الشهر فى جهة واحدة هى مكاتب الشهر العقارى ، وألغى الجهات المتعددة التى كان الشهر يتم فيها بإلغاء أقلام التسجيل الملحقه بالمحاكم الوطنية والمختلطة والشرعية . نرى ذلك فى النصوص الآتية :

نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن : ينشأ فى المديرىات والمحافظات مكاتب للشهر العقارى تنولى شهر المحررات التى تقضى القوانين بتسجيلها وبقيدها . وتتبع هذه المكاتب وزارة العدل ، ويعين بمرسوم مقرر كل منها ودائرة اختصاصه ، ويلحق بكل مكتب مأمورىات يعين بقرار وزارى مقرر كل منها ودائرة اختصاصه .

ونصت المادة ٢ على أن « ينشأ مكتب رئيسي مقره مدينة القاهرة يرأسه
رئيس « يعين بمرسوم ، ويتولى هذا المكتب إدارة مكاتب الشهر العقارى
ومهامهم وحفظ صور لجميع المحررات التى شہرت فيها وصور من الفهارس
مهمة بها » .

ونصت المادة ١/٥ على أن « يختص كل مكتب من مكاتب الشهر دون غيره
بشهر المحررات المتعلقة بالعقارات التى تقع فى دائرة اختصاصه » .

ونصت المادة ٤ على أن « تلتقى أقلام التسجيل الملحقه بالمحاكم الوطنية
والإمامة والشرعية ، وتحل محلها مكاتب الشهر العقارى . ويحال ما بهذه
الأقلام وما بمصلحة المساحة من السجلات والفهارس وغير ذلك من الوثائق
الخاصة بشهر المحررات إلى هذه المكاتب » .

ثانيا - المحررات الواجب شهرها : وأما المحررات الواجب شهرها ، فقد
. القانون فى ذلك بين المحررات التى تخضع فى شهرها لنظام التسجيل وتلك التى
خضع لنظام القيد .

١ - فالمحررات التى تخضع لنظام التسجيل استقصاها القانون
السجلات سواء كانت منشئة أو كاشفة ، وفى واقعة الإرث ، وفى الدعوى .
قد تناولت المواد ٩ إلى ١١ التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة . فررد
نص فى التصرفات المنشئة ، وأدخلت جميع التصرفات سواء كانت صادرة
عن كاشف أو من جانب واحد كالوقف ، وسواء كانت بين الأحياء
أو بسبب الموت كالوصية . فدخل بذلك فى التصرفات واجبة الشهر
وقف والوصية وقد نص القانون على ذلك صراحة . وكان هذان التصرفان
لا يتناولهما قانون التسجيل كما سبق القول . وجعل الجزاء على عدم التسجيل فى
تصرفات المنشئة أن الحق العيى لا ينتقل لا بالنسبة إلى الغير ولا فيما بين
قدين ، أما فى التصرفات الكاشفة فيرتب على عدم التسجيل أن الحق
العيى لا يكون حجة على الغير فقط . وألحق بالتصرفات المنشئة والتصرفات
الكاشفة الإيجارات والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على

نفع سنوات والمخالصات والحوالات (١) بالأجرة مقدما لأكثر من ثلاث سنوات ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ونورد هذه النصرة :

نصت المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقاري على أن : جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل في هذه التصرفات الوقف والوصية . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم . ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن (٢) . ونصت المادة ١٠ على أن جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية

(١) وقد رأينا أن كلا من التقنين المدني السابق وقانون التسجيل لم يذكر الحوالة بالأجرة إلى جانب الخالصة .

(٢) ونقول المذكرة الإيضاحية تفسيرا على هذا النص إنه مقتبس من المادة الأولى من قانون التسجيل مع إدخال تعديلات عليها . وأهم هذه التعديلات استبدال كلمة « التصرفات » بكلمة « العقود » لأنها أشمل في مدلولها ، فهي تتناول إلى جانب العقود والاتفاقات الأفعال القانونية التي تصدر من جانب واحد ، فيقع في حكم النص التوقف والتصرفات الإدارية التي تتناول حقوقا عينية عقارية كتراسيم نوع الملكية لمنفعة العامة والإذن الذي يعطيه الحكومة في إحياء الأرض الموات وقرارات وزير المالية بتوزيع البحر محلا بأحكام القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٣ . كذلك حذف من النص عبارة « الصادرة بين الأحياء » التي تشمل مدلول التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت كالوصية .

هذا وقد قدمنا أن قانون التسجيل كما لا يخفى لم يوجب تسجيل التصرفات الإدارية التي تتعلق بحقوقا عينية عقارية . وقد قضت محكمة النقض في هذا الصدد بأن الحكم لا يكون قد أوجبا إذ قضى بتثبيت ملكية المشتري لأطيان من طرح البحر بقوله غير منجبة في نخل القانون رقم ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣ ، وذلك أن المدين القانونيين لم يوجبا تسجيل القرارات الإدارية لتوزيع طرح البحر . ولا يغير من هذا النظر أن تكون المادة التاسعة من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ تشمل نصها إلى جانب العقود والاتفاقات الواجب شهرها التصرفات الإدارية التي تتناول حقوقا عينية عقارية كقرارات وزير المالية بتوزيع طرح البحر ، أو أن تكون المادة العاشرة من القانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٤٢ الخاص بطرح البحر وأكله قد نصت على أن يوزع طرح البحر بقرار من وزير المالية ويكون سدا له قوة كالمادة الرسمية وأنه يجوز أن يكون وهم ، إذ ليس للمدين القانونيين أثر رجعي فلا يبررون على القرارات المعلقة إليها (إذ لا يمكن أن يرفعوا سنة ١٩٤٤ بحسب المادة ١٠ من القانون رقم ١٤٤) .

الإصابة يجب كذلك تسجيلها ، ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . ويسرى هذا الحكم على القسمة العقارية ، ولو كان محلها أموالاً موروثية (١) . ونصت المادة ١١ على أنه : يجب تسجيل الإيجارات والسندات التي ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات ، والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة في حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة إلى الإيجارات والسندات ، وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالة .

وتناولت المادة ١٣ من قانون تنظيم الشهر العقاري واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، وهي واقعة الإرث ، فأخضعتها للشهر لما في شهرها من أهمية بالغة ، إذ هي من أكثر الأسباب شيوعاً في نقل الملكية كما سبق القول . فنصت على أنه : يجب شهر حق الإرث بتسجيل إشارات الوراثة الشرعية أو الأحكام النهائية أو غيرها من السندات المثبتة لحق الإرث ، مع قوائم جرد التركة إذا اشتملت على حقوق عينية عقارية ، وذلك بدون رسم . وإلى أن يتم هذا لتسجيل لا يجوز شهر أى تصرف يصدر من الوارث في حق من هذه

(١) وقد ورد النص صراحة على قسمة الأموال الموروثة لأنها كانت محل لبس في وجوب تسجيلها في عهد قانون التسجيل . ويرجع السبب في ذلك إلى أن الأثر الكاشف لقسمة الأموال الموروثة يجعل انتقال الملكية بسبب الوفاة ، وانتقال الملكية بسبب الوفاة لم يكن خاضعاً للشهر في عهد قانون التسجيل . ولكن الراجح في الفقه والقضاء في ذلك العهد هو تسجيل قسمة الأموال ولو كانت موروثية ، لأن القسمة جعلت المال الموروث مفرزاً بعد أن كان شائعاً (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٦٢ ص ٢٤٩) .

هذا وإذا تعارض تصرف منشيء مع تصرف كاشف ، فالعبرة بالأسبقية في التسجيل ، لأن كلا التصرفين لا ينفذ في حق الغير إلا بالتسجيل . وقد قضت محكمة النقض بأن الشريك في ملك شائع الذي يتصرف في حصته الشائعة بعد رفع دعوى القسمة لا يعتبر مثلاً للمشتري منه إذا سجل هذا الأخير عقد شرائه وانتقلت إليه بذلك ملكية الحصة المبيعة قبل انتهاء إجراءات القسمة ، ففضلت محكمة النقض عقد البيع على الحكم بالقسمة لأن عقد البيع سجل أولاً (نقض مدني ٢٢ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٤ ص ٣٧٠ - وانظر أيضاً نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٨٥ ص ١٣٧٥) .

الحقوق (١). ويجوز أن يقصر شهر حق الإرث على جزء من عقارات التركة ، وفي هذه الحالة يعتبر هذا الجزء وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة (٢) . وقد بينت المواد ٤٨ إلى ٥٣ الإجراءات التي تتبع في شهر حق الإرث . وأخضعت المادة ١٤ الديون العادية لدائني التركة للشهر ، فنصت على أنه يجب التأشير بالمحررات المثبتة لدين من الديون العادية على المورث في هامش تسجيل الإشهادات أو الأحكام أو السندات وقوائم الجرد المتعلقة بها . ويحتج بهذا التأشير من تاريخ حصوله ، ومع ذلك إذا تم التأشير في خلال سنة من تاريخ التسجيل المشار إليه فلا دائن أن يحتج بحقه على كل من تلقى من الوارث حقاً عينياً عقارياً وقام بشهره قبل هذا التأشير (٣) .

وتناولت المواد ١٥ إلى ١٧ الدعاوى الواجب شهرها ، وهي جميع الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر واجب

(١) وقد قضت محكمة دمنهور للكلية بأن القانون لا يمس مبدأ أبلولة العقارات إلى الوارث بمجرد تحقق وفاة المورث وقيام سبب الإرث ، دون أن يعتبر حق الإرث تصرفاً من التصرفات القانونية . لذلك لم يعد هناك وجه لجعل انتقال حق الملكية إلى الوارث متوقفاً على شهره . لكن إذا أراد الوارث أن يجرى على مزار تلقاه بالميراث أي تصرف ، واحتاج الأمر إلى شهر هذا التصرف الأخير ، فإنه على الوارث أن يقوم أولاً بشهر حق الإرث . وهذه التواعد هي التي يتعين الأخذ بها بمناسبة حل الوقف على غير جهات البر (دمنهور الكلية ٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ الهامة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤) .

(٢) ومن ثم إذا أراد الوارث التصرف في عقار معين في التركة ، لم يلزمه أن يشهر حق الإرث من عقارات التركة جميعها ، بل يقتصر على شهر حق الإرث في هذا العقار وحده . ولكن يفترض في هذه الحالة أن هذا العقار وحدة يبنى على أساسها تصرفات الورثة ، فلا يستطيع الوارث أن يتصرف في العقار إلا بقدر حصته في التركة (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٤) .

(٣) وإذا لم يشهر الوارث حق الإرث لعدم صدور تصرف منه يقتضي هذا الشهر ، كان لدائن التركة أن ينفذ على أعيان التركة وهي في يد الوارث . وإذا لم يستطع الدائن أن يذشر بدينه بحيث يكون تأشير نافذاً في حق المشتري لعقار من الوارث ، كان للدائن أن ينفذ بدينه على أموال التركة الأخرى التي تبقى في يد الوارث (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٦ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦) .

وهذا وتأشير الدائن بحقه ليس لازماً إذا عين لقرعة مصف ، إذ يمكن قيد الأمر بتعيين المصنف في السجل المعد لذلك في المحكمة (م ٨٧٩ / ٢ و ٩١٤ مدني) .

الشهر وجوداً أو صحة أو نفاذاً . فعمم النص عما كان عليه في قانون التسجيل ، وأصبحت دعاوى البطلان والفسخ والإلغاء والوجوع غير مذكورة على سبيل المحصر بل على سبيل التمثيل (١) . فتدخل بذلك الدعوى البولصية ضمن الدعوى الواجبة الشهر لتكون حجة على الغير الذي يتعامل مع من تصرف له المدين ، إذ هي دعوى عدم نفاذ وليست بدعوى إبطال (٢) . وذكرت النصوص أيضاً دعوى الاستحقاق (٣) ، ولم تنقل دعوى صحة التعاقد بل أفردتها بالنص إذ هي في الواقع ليست بدعوى استحقاق بالرغم من أن محكمة النقض أدرجتها ضمن دعاوى الاستحقاق لتتلافى عيب إغفالها في قانون التسجيل . ونورد الآن هذه النصوص :

نصت المادة ١٥ على أنه « يجب التأشير في هامش سجل المحررات واجبة الشهر بما يقدم ضدها من الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في التصرف

(١) ويوجد فرق آخر بين قانون التسجيل وقانون الشهر في حجية تسجيل الدعوى . ففي قانون التسجيل لا يحمى الغير الذي سجل حقه قبل تسجيل الدعوى إلا إذا كان دائماً مرتباً حسن النية . أما في قانون الشهر فيحمى صاحب أى حق عيني حسن النية كالمشتري وصاحب حق الانتفاع ، ولا تقتصر الحماية على الدائن المرتهن ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (أنظر فقرة ٢٥٩ في شرح) .

(٢) وقد استبدل المشرع عبارة « الواجب الشهر » بعبارة « الواجبة التسجيل » الواردة في المادة ٧ من قانون التسجيل ، فأصبح نص قانون الشهر يتسع لدعاوى الطعن في المحررات التي الشهر بطريق القيد كدعوى شطب الرهن (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٧ ص ١٩٨) .

(٣) ولا تؤخذ عبارة « دعوى الاستحقاق » على إطلاقها ، ولا يقصد بها الدعوى التي يرفعها المالك الحقيقي على واضع اليد لاسترداد عقاره ، فإن هذه الدعوى إذا سجلت وحكم للمالك الحقيقي بملكه للمقار كان هذا الحكم حجة للمشتري من واضع اليد ولو كان حسن النية وسجل عقد شرائه قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وإنما يقصد بدعوى الاستحقاق الدعوى التي يرفعها المالك على واضع اليد في الأحوال التي يكون فيها تصرف واضع اليد في المقار نافذاً في حق المالك كدعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر ودعوى الصورية التي يرفعها البائع بعقد صوري ضد المشتري . فإذا باع الوارث الظاهر المقار لمشتري حسن النية وسجل المشتري عند شرائه قبل تسجيل دعوى الاستحقاق ، لم يسر الحكم بالاستحقاق في حق المشتري . وإذا باع المشتري بعقد صوري المقار لمشتري آخر حسن النية وسجل هذا المشتري الآخر عند شرائه قبل تسجيل صوري الصورية ، لم يسر الحكم بالصورية في حق المشتري الآخر . (فارب الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٧٤ ص ١٩٨ - الأستاذ عبد المنعم البدر دوى فقرة ٢٠٢ ص ٢٠٥ - استئناف مختلط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ١٢٩) .

الذى يتضمنه المهرر وجرداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع ، فإذا كان المهرر الأصل لم يشهر تسجيل تلك الدعاوى . ويجب كذلك تسجيل دعاوى استحقاق أى حق من الحقوق العينية العقارية أو التأثير بها على حسب الأحوال ، كما يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينة عقارية . وتحصل التأثيرات والتسجيلات المشار إليها بعد إعلان صحيفة الدعوى وقيداً بمجدول المحكمة . ونصت المادة ١٦ على أن « يؤثر بمنطوق الحكم النهاى فى الدعاوى الميئة بالمادة السابقة فى ذيل التأثير بالدعوى أو فى هامش تسجيلها » . ونصت المادة ١٧ على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأثير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينة ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأثير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأثير أو التسجيل إليهما (١) » .

ب - والمحرمات التى تخضع لنظام الغير جميعها قانون الشهر مع المحرمات التى تخضع لنظام التسجيل ، فتناولتها المواد ١٢ و ١٩ و ٥٨ ، فأخضعت

(١) كانت المادة ١٧ من قانون تنظيم شهر العقارى تنص فى فترة ثالثة على ما يأتى : « ويعتبر الغير حسن النية إذا كان لا يعلم ولا يستطیع أن يعلم بالسبب الذى نشت إليه الدعوى » . وقد تبين أن ذكر هذه الفقرة جاء على سبيل الخطأ المادى ، ولذا صدر مرسوم فى ٢٩ سبتمبر سنة ١٩٤٧ يحذفها نصيحياً كنص (الأستاذ أنور سلطان فترة ١٢٥ ص ١٩٩ مائس رقم ٢) . والغير الذى كسب حقه وسجل قبل تسجيل صحيفة الدعوى يجب أن يكون قد كسب الحق بعقد جدى لا بعقد صورى ولا بعقد باطل بطلاناً مطلقاً ، لأن التسجيل لا يمكن أن يترتب لعقد الصورى ولا للعقد الباطل آثاراً قانونية لم تكن له ، ليقتفى فى عضمار المفاضلة مع عقد جدى ولو كان غير مسجل (نقض على ١٢ يناير سنة ١٩٢٦ مجموعة عمر ١ رقم ٤٤ ص ٥٩ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٦ ص ٢٠٦ - ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ ص ٤٠٤ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٣ المجموعة ٢٦ رقم ٨٧ ص ٢٢٠ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٣ الحاماة ٢٦ رقم ١٥٤ ص ٤٧٢ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ الحاماة ٣٠ رقم ٢٢٢ ص ٩٧٠ - استئناف مملط ٢٤ يناير سنة ١٩٢٣ م ١٤ ص ١٢٩ مائة سنت الإشارة إليه - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٢٤ ص ٢٠١ - الأستاذ عبد المنعم الجادوى فترة ٢٠١ ص ٢٠٤ - ٢٠٥) .

لنظام القيد الحقوق العينية العقارية التبعية وكذلك تغيير الدائن الأصلي في الديون المضمونة بتأمين عيني عقارى .

أرجبت المادة ١٢ شهر التصرفات المتعلقة بحق عيني عقارى تبعي ، أى لتأمين عيني عقارى ، وذلك عن طريق القيد . فنصت على أن جميع التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية العقارية التبعية أو المقررة لها ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك ، يجب شهرها بطريق القيد ، ويترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . فوجب إذن قيد حق الرهن الرسمى وحق رهن الحيازة العقارى (٢) . وحق الاختصاص وحقوق الامتياز (٢) . ويدخل في حقوق الامتياز حق امتياز بائع العقار ، فهذا الحق لا يكون شهره إلا عن طريق القيد ، وكان قبلاً يكتفى في شهره بتسجيل عقد البيع الذى يذكر فيه بقاء الثمن أو جزء منه في ذمة المشتري . وقد احتاط المشرع ، فيما ينسب بحق رهن الحيازة العقارى وبحق امتياز بائع العقار السابق تسجيلهما طبقاً للأحكام التى كان لها فى الماضى على ما قدمنا ، فأوجب على أصحاب هذين الحقين أن يقوموا بقيد حقوقهم حتى يمكن العثور عليها ضمن الحققة المقيدة عند البحث ، وحتى لا تحل محل القيد كل عشر سنوات كما هو الحكم فى القيد . فنصت المادة ١/٥٨ على : « على أصحاب رهن الحيازة العقارى وحقوق الامتيازات العقارية السابقة أن يقوموا بقيد حقوقهم فى خلال عشر سنوات من تاريخ تسجيل العقود المرتبة لها أو فى خلال سنة من تاريخ العمل بهذا القانون (٢) ، أى المدين أطول . فإذا لم يتم القيد فى خلال المدة المتقدمة ، لا يكون الحق بعد انقضاءها نافذاً بالنسبة لم الغير . ويترتب على إجراء القيد المذكور حفظ مرتبة الحق من تاريخ تسجيل العقد المرتب له » . وقد بينت المواد ٤١ و ٤٢ إلى ٤٧ الإجراءات الواجب اتباعها

(١) وكان هذا الحق قبل ذلك خاضعاً دون مبرر لنظام التسجيل ، كما سبق القول .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى : « لم تناول المادة ١٢ غير التصرفات المنشئة أو المقررة للحقوق العينية العقارية التبعية ، أما التصرفات التى تناولها هذه الحقوق أو تغييرها أو زوالها فطريق شهرها هو التأشير فى هامش قيدها الأصل » .

(٣) صدر بـ ١٤٧ لسنة ١٩٤٧ عدد المدة المحددة فى هذا الصرح سنة أخرى تنتهى فى آخر ديسمبر سنة ١٩٤٨ .

لقيد الحقوق العينية العقارية التبعية ، ولتجديد القيد ، ولحوزه ، ولإلغاء المحر .
أما فيما يتعلق بتغيير الدائن الأصلي بدائن جديد في الديون المضمونة بتأمين
هيني عقارى ، فقد نصت المادة ١٩ على أنه لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل
حق مضمون بقيد أو برهنه ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل
الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ، ولا التمسك كذلك بمجرد القيد
أو بالتنازل عن مرتبة القيد ، إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي .

ثالثاً - إجراءات الشهر : أما إجراءات الشهر التى رسمها قانون تنظيم
الشهر العقارى فلا تقل فى الدقة عن الإجراءات التى رسمها قانون التسجيل ،
بل تزيد . فأوجب القانون فى طلب شهر أن يشتمل على بيانات نصت عليها
المادة ٢٢ على الوجه الآتى : (أولاً) البيانات الدالة على شخصية كل طرف ،
وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته وامم أبيه وجده لأبيه .
(ثانياً) بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطاتهم . (ثالثاً) البيانات
اللازمة والمتبعة فى تعيين العقار ، وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده .
فإن كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة ،
وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع
والحارة إن رجد . (رابعاً) موضوع المحرر المراد شهره وبيان المقابل أو مقدار
الدين إن وجد . (خامساً) البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر
يقتضى تغييراً فى دفاتر التكليف . (سادساً) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية
أو الحق العيني محل التصرف ، وذلك فى العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد .
ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك السابق أو صاحب الحق العيني
وطريق انتقال الملكية أو الحق العيني منه ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان
قد شهر . (سابعاً) بيان الحقوق العينية المقررة على العقار المتصرف فيه
وعلى الأخص ارتفاعات الرى والصرف .

وتعيد مأمورية الشهر للطالب نسخة من الطلب مؤشراً عليها برأيها فى قبول
إجراء الشهر أو ببيان ما يجب أن يستوفى فيه . ويقدم صاحب الشأن بعد التأشير
على الطلب بقبول إجراء الشهر مشروع المحرر المراد شهره للمأمورية المختصة

ومعه الصورة المؤشر عليها من هذا الطلب . وتؤشر المأمورية على مشروع المحرر بصلاحيته للشهر بعد اثبت من مطابقة البيانات الواردة فيه لبيانات الطلب الخاص به . وتقدم لمكتب الشهر المختص المحررات التي تم التأشير على مشروعاتها بصلاحيته للشهر ، بعد توقيعها أو رد التصديق على توقيعات ذوي الشأن فيها إن كانت عرقية . ويحصل التأشير على المحررات الواجب شهرها بطريق التسجيل ، وعلى قوائم القيد في حالة المحررات الواجب شهرها بطريق القيد ، ويتم التصوير والحفظ وغير ذلك من الإجراءات طبقاً للأنحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقاري المنصوص عليها في المادة ٨ من هذا القانون (المواد ٢٢ و ٢٦ و ٢٨ و ٢٩ و ٣٢ من قانون تنظيم الشهر العقاري) .

٢٦٤ - وجوه الاصلاح التي مقفها قانون تنظيم الشهر العقاري:

حقق قانون تنظيم الشهر العقاري وجوه الإصلاح التي هيأتها الظروف فيما قدمناه . ففي مرحلة الانتقال إلى إلغاء الامتيازات الأجنبية تمكن من توحيد جهات الشهر ، ثم أدمج نظام القيد في نظام الشهر ، واستقصى المحررات الواجب اخضاعها للشهر فاستكمل ما نقص منها ولم يكن من قبل خاضعاً لهذا النظام . هذه وجوه إصلاح ثلاثة رئيسية حققها قانون تنظيم الشهر العقاري ، نقول كلمة موجزة عن كل منها .

أولاً - وحد القانون جهات الشهر ، فبعد أن كانت جهات ثلاثاً في عهد التقنين المدني السابق وفي عهد قانون التسجيل ، إذ كان يجوز الشهر في المحاكم المختلطة والمحاكم الشرعية والمحاكم الوطنية ، ألغى القانون هذه الجهات الثلاث وأنشأ مكاتب موحدة للشهر تحت إشراف مكتب رئيسي عام . وفي مكاتب الشهر هذه رعا مورياتها المنتشرة في المدن والأقاليم ، تركز الإجراءات اللازمة لشهر المحررات الواجبة الشهر . وهذا هو أهم إصلاح حققه القانون الجديد ، وبه بدأت نصوصه . ولا شك في أن توحيد جهات الشهر خطوة كبرى في طريق إدخال نظام السجل العقاري في مصر .

وبلاحظ في هذه المناسبة أن التقنين المدني الجديد لم ينسق مع قانون تنظيم الشهر العقاري ، من ناحية توحيد جهات الشهر ، في مسائلتين : إجراءات

الإعسار وإجراءات تصفية الذرعة . وكان ينبغي أن يكون شهر صحيفة دعوى الإعسار والأمر بتعيين المصنفى التركة فى مكتب الشهر لافى قلم كتاب المحكمة ، كما هى الحال فى التأشير بالديون العادية على التركات وكما هى الحال فى شهر حق الإرث ، فان كل هذا يتم شهره فى مكان الشهر لافى أقلام كتاب المحاكم .

ثانياً - ضم القانون الجديد نظام التسجيل ونظام القيد فى صعيد واحد ، فأصلح عيباً وقع فيه قانون التسجيل إذا فصل هذا القانون كما رأينا نظام التسجيل عن نظام القيد الذى بقى خاضعاً لنظام التقنين المدنى السابق .

وقد كان لهذا الإدماج أثر مباشر فى إصلاح عيب آخر وقع فيه كل من التقنين المدنى السابق وقانون التسجيل ، فى شأن إخضاع الحقوق العينية العقارية التبعية لنظام واحد فى الشهر . فقد كان بعض هذه الحقوق ، فى التقنين المدنى السابق وفى قانون التسجيل ، يخضع لنظام القيد كما ينبغى ، وبعضها - رهن الحياة العقارى وحق امتياز بائع العقار - يخضع دون مبرر لنظام التسجيل . فلما عالج القانون الجديد الموضوع علاجاً شاملاً ، فعرض للتأمينات العينية العقارية فى نصوص خاصة بها ولم يكتف بالإحالة فيها إلى نصوص التقنين المدنى ، كان من الطبيعى أن يتوجه لإزالة هذا العيب . فنص على إخضاع جميع الحقوق العينية التبعية لنظام القيد ، ولم يكن معتمداً أن يستثنى منها أى حق . بل إنه زاد على ذلك ، فأوجب قيد التأمينات السابقة على العمل به والى كانت تخضع لنظام التسجيل ، فأصبحت هذه التأمينات خاضعة للقيد شأنها فى ذلك شأن سائر التأمينات . وأصبح من الواجب تجديد قيدها كل عشر سنوات ، وبذلك يسر لأصحاب الشأن البحث عما يثقل العذر من تأمينات فلا يذهبون فى ذلك إلى أبعد من عشر سنوات .

ثالثاً - استقصى القانون الجديد المحررات راجب إخضاعها للشهر ، فلم يترك ثغرات كتلك التى تركها قانون التسجيل .

فالتصرف الصادر من جانب واحد كالوقف والتصرف الناقل للملك بسبب

وأضاف إليهما الإرث ، وهو وإن كان واقعة مادية من أوسع الأسباب انتشاراً في نقل الملك وعدم شهره يحدث ثغرة كبيرة في نظام الشهر .

هذا إلى أن القرارات الإدارية الناقذة للملك أصبحت هي أيضاً خاضعة للشهر لدخولها في عموم نص المادة التاسعة ، فهي تصرفات من شأنها نقل حق الملكية العقارية ، فوجب أن تكون خاضعة لنظام التسجيل . فمراسم نزع الملكية للمنفعة العامة ، ومراسم تقسيم الأراضي الصادرة بناء على القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٤٠ ، وقرارات توزيع طرح البحر ، وقرارات ردم البرك والمستنقعات ، والإذن بإحياء الأرض الموات ، كل هذه تصرفات إدارية يجب تسجيلها (١).

وإلى جانب ذلك صد القانون الجديد نقصاً ملحوظاً في استقصاء المحررات الواجبة الشهر في محررات ثلاثة : دعوى صحة التعاقد والدعوى البولصية والحوالة بأكثر من أجرة ثلاثة سنوات مقدماً (٢) وقد سبقت الإشارة إلى كل ذلك (٣).

(١) أنظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر بند ١٨ - وانظر الدكتور محمود شوقي « الشهر العقاري علماً وعملاً » ص ٣٩٨ ص ٣٩٩ - ولم تكن هذه التصرفات الإدارية واجبة التسجيل قبل قانون سنة ١٩٤٦ م فن ملك بتصرف إداري صدر قبل العمل بقانون الشهر يستطيع دون أن يسجل هذا التصرف ، أن يشفع بما ملك (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣١ ص ٩٠٢) .

(٢) وكان إجماع الفقه والقضاء في عهد قانون التسجيل وجوب تسجيل الحوالة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وإن لم يرد بها النص كما ورد في قانون الشهر العقاري ، وذلك قياساً على الخالصة بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً .

(٣) أما في دعوى الشفعة ، فليس واجباً شهر الإنذار الرسمي الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع . ولكن يجب تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة (م ١/٩٤٢ مدني) ، فلا يسرى من حق الشفيع أي رهن رسمي أو أي حق اختصاص أخذ ضد المشتري ولا أي بيع صدر من المشتري ، ولا أي حق عيني رتبه أو ترتب ضده إذا كان ذلك قد تم بعد التاريخ الذي سجل فيه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، ويبقى مع ذلك للدائنين المقيدين ما كان لهم من حقوق الأولوية فيما آل للمشتري من ثمن العقار (م ٩٤٧ مدني) . ولا تخضع عريضة دعوى الشفعة للشهر ، والحكم بالشفعة يجب تسجيله (م ٩٤١ مدني) ويؤشر به على هامش تسجيل إعلان الرغبة وعلى هامش سجل البيع الأصل إذا كان هذا البيع قد سجل .

وغنى عن البيان أن القانون الجديد ، مع تحفته لوجوه الإصدار المتقدمة الذكر ، احتفظ في الوقت ذاته بالمزايا التي حققها قانون التسجيل . ففرض إجراءات دقيقة للتحري عن صحة المحررات ، بل هو قد سار في هذا الطريق شوطاً أبعد من قانون التسجيل وحسم الخلاف فثبت أن التردد الكاشفة ، وجعل التسجيل في التصرفات المنشئة ضرورياً لنقل الحق المعنى لا في حق الغير فحسب بل أيضاً فيما بين المتعاقدين ، وغير ذلك من المزايا التي سبق بيانها .

٢٦٥ - مابني دونه طرح من الميوب : على أن هناك عيبين

جوهرين باقين في نظام الشهر ، لم يستطع قانون تنظيم الشهر العقاري معالجتهما . فلا يزال النظام نظاماً شخهياً بحسب الأسماء لا بحسب العقار ، ولا يزال الشهر ليست له حجية كاملة في ذاته

وما كان قانون تنظيم الشهر العقاري يستطع معالجة هذين العيبين ، فإن العلاج الوحيد لهما هو إدخال نظام السجل العقاري في مصر ، وإدخال هذا النظام لن يكون إلا على سبيل التدرج لئلا تفتت الأراضي وانتشار الملكيات الصغيرة في أرجاء مصر منذ أمد بعيد (١) .

٢٦ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة

٢٦٦ - عهده : ونقصر الآن بحثنا في تطبيق نظام التسجيل على عقد

البيع خاصة ، وهو الموضوع الذي نعالجه في هذا الجزء من الوسيط . ونسبره كما

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون تنظيم الشهر العقاري : « غير مستطاع إدخال نظام السجلات العينية وتطبيقه إلا على سبيل التدرج ، إذ من بجانب لم تتم إعادة مساحة البلاد جميعها . وحتى في المناطق التي تمت فيها المساحة الحديثة وهي تبلغ نصف مساحة البلاد تقريباً ، لن يستطاع إدخال هذا النظام عليها دفعة واحدة بسبب دقة البيانات الخاصة بالملكية والحقوق العينية . ولذلك فالمفروض البدء بتطبيق هذا النظام في مناطق سورة الواحدة قلو الأخرى ، ومزدى هذا أن بقية المناطق يظل يعمل فيها بنظام التسجيل الشخصي . ولذلك وجبت المذكرة إلى معالجة الميوب التي أسفر عنها العمل واستكمال وجوه النقص ، ليتيسر تطبيق النظام الجديد عليها » (المذكرة الإيضاحية بند ٩) .

التسجيل على عقد البيع من الناحية الموضوعية دون ناحية الاجراءات ،
فقد - ن أن تناولنا ناحية الاجراءات بوجه عام ودخل فيها عقد البيع
كما : التصرفات .

ويجب أن نميز بين عهدين : (أولاً) عهد التقنين المدني السابق (ثانياً) عهد
قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري . فإن أحكام التسجيل بالنسبة إلى
عقد البيع واحدة في هذين القانونين .

أولاً - عهد التقنين المدني السابق

٢٦٧ - التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها

بالنسبة إلى الغير : التمييز الجوهرى الذى يبرز فى عهد التقنين المدني السابق ،
عن حيث أثر أحكام التسجيل فى عقد البيع ، هو التمييز بين انتقال الملكية فيما
بين المتعاقدين حيث يتم ذلك دون حاجة إلى تسجيل عقد البيع ، وانتقالها
بالنسبة إلى الغير حيث لا يتم ذلك إلا بالتسجيل .

٢٦٨ - انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فيه إلى

التسجيل - التنازع بين المشتري من الموهبة والمشتري من الهبة :
تنتقل الملكية فيما بين البائع والمشتري بعقد البيع ولو لم يسجل (١) وكذلك تنتقل
الملكية بالبيع غير المسجل فى حق الدائنين العاديين لسكل من البائع والمشتري ،
فلا يستطع دائنو البائع التنفيذ على العقار المبيع وهذا مع الاحتفاظ بحق الدائن

(١) استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ من ٢١٠ - ٢١١ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ من ٦٨ - وفى من البيان أنه يشترط لانتقال الملكية إلى المشتري أن يكون البائع مالكا
للعقار ، فإذا لم يكن مالكا له وكان المشتري حسن النية ، فإن هذا الأخير يملك العقار بالتقادم
المسمى ولو كان عقد البيع غير مسجل فى العهد الذى نحن بصدد . وإذا اشترى شخصان من بائعين
مختلفين ، فالشخص المشتري من المال هو الذى ينتقل ولو لم يسجل العقد (استئناف مخطوط
٢٣ مارس سنة ١٩١١ م ٢٢ من ١٢٥) .

في البيع بالدعوى البرلصية ، وعلى العكس من ذلك يستطيع دائر المشتري التنفيذ على العقار الذي أصبح ملكاً لمدينهم . وتنقل الملكية كذلك بالبيع غير المسجل في حق ورثة كل من البائع والمشتري ، فإذا مات البائع قبل تسجيل العقد لم تنتقل ملكية العقار إلى ورثته بالميراث لأنه خرج عن ملكه ، وعلى العكس من ذلك تنتقل ملكية العقار إلى ورثة المشتري إذا مات ولو قبل تسجيل العقد لأن ملكية العقار قد انتقلت إليه بالبيع .

ويترتب على أن البائع إذا مات قبل تسجيل البيع لم تنتقل ملكية العقار إلى وارثه ، أن المشتري هو الذي يكون الكا بالنسبة إلى هذا الوارث . فإذا باع الوارث العقار فإنه يكون قد باع مالا يملك ، فلا تنتقل الملكية إلى المشتري منه ولو سجل هذا عقد شرائه (١) . ونرى من ذلك أن المشتري من الوارث إذا فازع المشتري من المورث ، فإن المشتري من المورث هو الذي يفضل ولو سجل المشتري من الوارث عقده قبل أن يسجل المشتري من المورث (٢) . وكان هناك ، في عهد التتئين المدني السابق ، رأى آخر يذهب إلى أن المشتري من الوارث إذا سجل قبل المشتري من المورث يفضل عليه ، قياساً على ما جاء في المادة ٧٤٥/٦١٨ من أن المشتري من الموصي له إذا سجل قبل المشتري من الموصي يفضل عليه وحق الوارث أقوى من حق الموصي له . وهذا الرأي قد أخذ به بعض المحاكم وكثير من الفقهاء (٣) .

(١) وقد رأينا - أنظر الحاشية سابقة - أنه إذا اشترى شخص عقاراً من المالك الحقيقي ، فضل على المشتري من غير المالك ، ولو لم يسجل الأول عقده وسجل الثاني .
(٢) وهذا الحكم يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بأن الوارث لا يستر شخصية مورثه (الأستاذ محمد حلي عيسى فقرة ١١٨٥ - الأستاذ محمد كامل مرسى في شهر التصرفات مبنية ص ٢٠٥ والأحكام التي أشار إليها في هامش رقم ٥ - وانظر استئناف مصر ١٨ يونيو سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١٤٢/٢ ص ٣٦٤ - محكمة الإسكندرية الوطنية ٢٧ يوليو سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٩٢) .

(٣) استئناف وطني ١٠ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ٢٣٤ - ١٠ مايو سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ١٧ - الأستاذ لامبير في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢٠٨ - ص ٢١٣ - الأستاذ شلدون إيموس في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٢ - ص ٢١٨ - الأستاذ مونييه في مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٣ ص ٢١٩ - ص ٢٣٤ - الأستاذ =

٢٦٩ - انتقال الملكية بالنسبة الى الغير لا يكون الا بالتسجيل .

ونبدأ أولاً بتحديد من هو الغير . بخلص من النصوص التي وردت في التقنين
السابق أنه يشترط في الغير شروط ثلاثة

(١) أن يثبت له على العقار المبيع حق عيني بعوض . فالمشتري الثانى لعقار
سبق أن بيع لمشتري أول ثبت له حق عيني - وهو حق الملكية - على هذا العقار
بعوض ، فيعتبر من الغير . وكذلك يعتبر من الغير الدائن المرتهن ، إذ ثبت له حق
رهن على العقار المبيع في مقابل دينه (١) . ومثله من يثبت له حق انتفاع أو حق
ارتفاع بعوض على العقار المبيع . أما من ثبت له حق عيني بغير عوض ،
كالموهوب له والموصى له ، فلا يعتبر من الغير ، ويسرى في حقه البيع ولو
لم يسجل . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري العقد ،

= على زكى العرائى و مركز الوارث في الشريعة الإسلامية و نتائج في القانون ص ٢٧ - ص ٤٤
الأستاذان أحمد نجيب الهلالى و حامد رضى فقرة ٢٦ - وأصحاب هذا الرأى لا يذهبون إلى أن
ثبت بشر شخصية المورث فإن هذا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، ولكم يستندون إلى
أحكام التسجيل كما هي مفررة في التقنين المدنى السابق ، فالوارث انتقلت إليه الملكية بالوارث
و للملكية الآيلة بالإرث - ثبت في حق كل إنسان بشيوت الوراثة ، فيفصل المشتري من الوارث
إذا كان أسبق تسجيلاً من المشتري من المورث .

وعنك رأى ثالث يفضل كذلك المشتري من الوارث الأسبق في التسجيل ، ولكن هذا الرأى
يستند في ذلك إلى أن الوارث يعتبر شخصية المورث ، وإلى أن القاعدة التي تنصى بالأثر
إلا بعد سداد الديون في الشريعة الإسلامية لا يقصد بها أن تظل للتركة معنف حتى الوفاء بديون
- ث ، بل المقصود هو جعل كل وارث مسئولاً عن ديون التركة نسبة - ث - إليه .
(الأستاذ أحمد عبد اللطيف والأستاذ عزيز كحيل المحاماة ٢ عدد ٢ - استئناف مختلط ٢ مارس
سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٦) .

أسند في عرض هذه الآراء الثلاثة الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٨٤ ص ٢٢١ - ص ٢٢٢
- الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٥٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢٠ .

(١) ومثل الدائن المرتهن الدائن الذى له حق اختصاص ، فإذا قيد الاختصاص تقدم
صاحب على مشتر من المدين لم يسجل عقد شرائه . حتى لو كان عقد المدين نفسه غير مسجل
(استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩١٥ م ٣٧ ص ٢٣٤) . وبقدم دائن البائع الذى قيد دينه قبل
تسجيل البيع وقبل قيد حق اختصاص لدائن المشتري (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩١٩ م
٢٢ ص ٢١ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٢٧ ص ١١٨)

وهب انبائع العقار لشخص آخر وسجل الموهوب له الهبة ، فان المشتري هو الذي يقدم ولو لم يسجل . ذلك أن البيع غير المسجل نقل ملكية العقار إلى المشتري في حق الموهوب له ولو سجل عقد الهبة ، إذ الموهوب له ليس من الغير فيسرى العقد غير المسجل في حقه . لكن إذا بادر الموهوب له وباع العقار إلى مشتر سجل البيع قبل أن يسجل المشتري الأول عقده ، فان المشتري من الموهوب له يعتبر من الغير ويقدم على المشتري الذي سجل بعده . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا وصى بائع العقار بالعقار ومات قبل أن يسجل المشتري عقده ، فان المشتري يفضل على الموصى له ، ولكن إذا بادر الموصى له إلى بيع العقار وسجل المشتري من الموصى له عقده قبل أن يسجل المشتري الأول ، اعتبر المشتري من الموصى له غيراً وفضل على المشتري من الموصى .

(٢) أن يكون هذا الحق العيني الثابت على العقار مبنياً على سبب صحيح محفوظ قانوناً . ويتوافر هذا الشرط بأن يكون لهذا الحق العيني مصدر هو تصرف قانوني ناقل للملكية ، ويكون لهذا التصرف إجراءات مقررلة لحفظه قانوناً فيقوم صاحب الحق بهذه الإجراءات . فلا يكفي لاعتبار المشتري الثاني للعقار أو الدائن المرتهن غيراً أن يتم البيع أو الرهن . بل يجب أيضاً على المشتري الثاني أن يسجل عقد البيع الصادر له وعلى الدائن المرتهن أن يقيد عقد الرهن حتى يمكن اعتبارهما من الغير . فاذا حفظ كل منهما حقه على هذا الوجه المطلوب قانوناً ، لم يجوز للمشتري الأول أن يحتج عليهما بعقده إذا كان هذا العقد لم يسجل أو سجل بعد ذلك .

(٣) أن يكون صاحب الحق العيني المحفوظ قانوناً حسن النية (١) . ومعنى أنه حسن النية هو أن يكون ، على الرأي الراجح ، غير عالم بالتصرف السابق صدوره من مالك العقار . فجرد العلم بسبق هذا التصرف يجعل صاحب الحق العيني سيئ النية ، فيفضل عليه من تصرف المالك أولاً ولو لم يكن قد سجل عقده ، بشرط أن يكون لهذا العقد الأول تاريخ ثابت سابق على تاريخ العقد

(١) استئناف بمطالبة مارس سنة ١٩٤٢ م ١٢ من ١٦٩ .

الثاني (١). وهناك رأى آخر يذهب إلى أنه حتى يكون المشتري سيء النية لا يكفي
هلمه بسبق الشرع ، بل يجب أيضاً أن يكون هناك تواطؤ بينه وبين البائع (٢).

(١) ويستند هذا الرأي إلى صريح نص المادة ٢٧٠/٣١١ مدني ، وإلى أن المشتري الثاني
الذي يعلم بالتصرف السابق يكون قد علم أن البائع يتصرف في عذر منوك للمير فيكون عده البيع
الصادر إليه سبباً مبيعاً والمادة ٢٧٠/٣١١ تشترط في الذير أن يكون حقه مبيعاً على سبب
معيّن ، وإلى أن هذا هو الرأي السائد في بلجيكا مع أن القانون البلجيكي اختصر على اشتراط
عدم النشر ولم يذهب إلى حصر اشتراط حسن النية ، ولأنه لا يمكن الاحتجاج بالرأي السائد
في فرنسا الذي يشترط للتواطؤ لأن نص القانون الفرنسي لا يشترط حسن النية في المشتري الثاني
مثلما سبقته في تفسير عفته ، وإلى أن القومسيون النول الذي عند في سنة ١٩٠٤
لا زال نظام السجل العقاري في مصر اقترح أن ينص على أن مجرد علم المشتري الثاني بالتصرف
الأول لا يكفي لاعتباره سيء النية ولكن هذا الاقتراح قد رفض (انظر الأستاذ أنور سلطان
فقرة ١٨١ ص ٢٩ - ص ٢١٠ - والتون ، ص ٤٢ - تقرير لجنة القومسيون النول
ص ١٧ وتقرير اللجنة الفرعية ص ١٤) .

وانظر من هذا الرأي : دي هلتس ، بيع فقرة ١٢٩ - والتون ٢ ص ٤٣ - الأستاذين
أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٥٦ - استئناف وصى ٤ مايو سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤
ص ٥٢٦ - ١٤ مايو سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٢٦ - استئناف مخطط ٢٨ ديسمبر
سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٥٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ ١٥ ص ١٠٢ - ٢٤ نوفمبر
سنة ١٩٠٤ ١٧ ص ٢٥ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٩ ص ٢٥ - ١٣ يناير
سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٢١ .

(٢) انظر إن أسامة هذا الرأي منقولة من كتاب البيع للأستاذين أحمد نجيب الهلال
وحامد زكي ص ٢٤٩ هامش ١ - ويستند هذا الرأي إلى الرأي السائد في فرنسا وقد سبقته
الإشارة إليه ، وإلى أن مسألة العلم بالبيع الأول مسألة نسبية يصعب التأكد منها فالأخذ بها
يزع الثقة في المعاملات المقاربة ، وإلى أن التسجيل حتى يكون نظاماً مفيداً يجب أن يكون
ماتة تربية على العلم وأن يكون انتفاؤه قرينة على عدم العلم فلا يجوز إثبات علم المشتري الثاني
بتصرف سابق لم يسجل إلا إذا أريد إثبات تواطئه مع البائع .

وانظر من هذا الرأي كاديمنوس في مجلة مصر المعاصرة ١٩١٩ ص ٤٠٣ - تنو
ص ٦٢ - جرانمولان في التأمينات فقرة ٨٨٦ - الأستاذ محمد حلمي عيسى فقرة ١١٧٣ - محكمة
مصر الوطنية ٢١ يناير سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٤ - استئناف مخطط ١٢ يناير
سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٨٩ - ٥ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٤ - ٦ مايو سنة ١٩١٣ م
٢٥ ص ٢٦٥ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٩٤ - ٢٣ أبريل سنة ١٩١٤ م
٢٦ ص ٢٤٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٤٢ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م
٢٧ ص ٦٨ - ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٤ - ٤ يناير سنة ١٩١٨ م
٣٠ ص ٤٥٨ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٢٢ ص ٧٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٢٥ م
٢٧٤ ص ٢١ - ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٥٠٩ .

ولكن هذا الرأي لا يتفق مع النصوص ، ففي النص العربي للمادة ٢٧٠/٣٤١ يعتبر من الغير من كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بها ، وترجمة هذه العبارة الأخيرة في النص الفرنسي للمادة هي « qui sont de bonne foi » . وكلنا العبارتين العربية والفرنسية لا تستلزم إلا حسن النية ، وحسن النية ينتفى قطعاً بعلم المشتري الثاني بسبق صدر التصرف دون حاجة إلى التواطؤ .

فإذا فرضنا أن شخصاً باع عقاراً لمشتري أول ، ثم باعه مرة أخرى لمشتري ثان ، وتوافرت الشروط الثلاثة المتقدمة الذكر في المشتري الثاني ، لم يسر في حقه البيع الأول إلا إذا كان مسجلاً قبل أن يسجل عقده . ولكن يجب أن يكون كل من المشتريين قد اشترى من المالك الحقيقي ، فإذا اشترى أحدهما من غير المالك الحقيقي وسجل فضل عابه المشتري من المالك الحقيقي ولو لم يسجل . وقس على ذلك سائر أصحاب الحقوق العينية (١) . وإذا صدر عقدان متواليان من

هناك رأى ثالث لا يكتفى بالعلم بالتصرف السابق ، بل ولا بالتواطؤ ، فيصح تسجيل المشتري الثاني إذا تم أولاً مهما كان هذا المشتري الثاني سبباً لنية ومهما كان متواطئاً ، ما لم يكن عقد البيع الصادر إليه عقداً صورياً ، فمعه لا يكون للعقد وجود ولو سجل (استئناف مخطط ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٠٦ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٩٥) . ولكن هذا الرأي ما لبث أن هجر ، إذ أن المشرع لم يكن في حاجة إلى النص على عدم الاعتداد بالعقد الصوري (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ ص ٢٢٤ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ المخامة ٣٠ رقم ٤٢٣ ص ٩٧٠ - استئناف مخطط ٢٥ يناير سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ١٣٥ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي ص ٢٤٩ هامش ١ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٥٧ ص ٢٢٦ - ص ٢٣٧) .

(١) استئناف مخطط ١٣ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٢٦ - ٦ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٣٢ - ٣١ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ١٣٠ - ٢٨ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٦٩ - ٣٠ مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٣٠٩ - ٢٦ يناير سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ١١٣ - ويلاحظ أن المشتري من غير مالك قد يكسب الملكية بالتقادم الخمسي إذا كان حسن النية ولو لم يسجل عقده ، وبذلك يفضل على المشتري من المالك الحقيقي ولو سجل هذا عقده . أما إذا اشترى كل منهما من المالك الحقيقي ، فالعبرة بالتسجيل في تفضيل أحدهما على الآخر ، فمن سجل أولاً فضل ولو كان الآخر حسن النية وحاز العقار خمس سنوات ، إذ أن محل تطبيق التقادم الخمسي أن يكون الحائز قد اشترى من غير مالك .

ممن واحد ولم يسجل أيهما . فالعقد الأسبق هو الذي يفضل (١) .

ويتفق في بعض الأحيان أن المشتري العقاري لا يسجل البيع ، ويسعى العقار لمشتري ثان ويسجل المشتري الثاني . فإذا باع البائع العقار مرة أخرى لمشتري سجل عقده ، فهل يفضل في هذه الحالة المشتري الأسبق تسجيلاً ؟ لو أن المشتري من المشتري الأول سجل البيع الصادر للمشتري الأول من مالك العقار قبل أن يسجل المشتري الآخر من المالك عقده ، فلا شك أن المشتري من المشتري الأول يفضل . ولكن المفروض أن المشتري من المشتري الأول لم يسجل إلا البيع الصادر له من المشتري الأول دون البيع الصادر من المالك إلى المشتري الأول . فلو طبقنا القواعد العامة في التسجيل ، لوجب القول بأن المشتري الآخر وقد سجل عقده يفضل على المشتري الأول من المالك الذي لم يسجل ، فيفضل من باب أولى على المشتري من المشتري الأول ولو سجل عقده . ولكن المادة ٧٤٦/٦١٩ من التقنين المدني السابق تنص على أنه وفي حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها (٢) . وبؤخذ من هذا النص أنه في الفرض المتقدم يفضل المشتري من المشتري الأول إذا سجل عقده أولاً (٣) .

== ويرى باع شخص عقاراً ، ومن أن يسجل المشتري باع النافع العقار مرة أخرى لمشتري ثان : كانت المفاضلة بين المشتريين بالتسجيل . أم إذا صدر البيع الثاني بعد تسجيل البيع الأول ، كان البيع الثاني صادراً من غير مالك ولو بالنسبة إلى الغير ، فلو صار المشتري الثاني العقاري وهو حسن النية حسن سرار ، يمكنه بالتقدم التمسى ولو لم يسجل عقده ، وفضل على المشتري الأول الذي سجل عقده .

(١) استئناف محتلط ١٢ مايو سنة ١١٩٢ م ٢٩ من ٢٥٤ .

(٢) على أن المادة ٧٦٥/٦٣٥ - ٧٦٦ من التقنين المدني السابق توجب على كاتب المحكمة أن يؤثر من تلقاء نفسه بأسماء المتعاقدين السابقين الذين لم تسجل عقودهم ، وذلك حتى يمكن للغير أن يعلم بتصرفهم في العقار .

(٣) هانتون ص ٣٤١ - جرانمولان في التأمينات فقرة ٨٨١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٢٦٢ (وانظر بوجه خاص ص ٢٦٠ هامش ١ حيث يبينان وجوه انتقاد الحل الذي أخذ به النص) .

ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري

٣٧٠ - التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل :

أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، فليس التمييز الجوهري هو التمييز بين انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وانتقالها بالنسبة إلى الغير كما كان الأمر في عهد التقنين المدني السابق ، ففي كلتا الحالتين لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل . ولكن التمييز الذي يبرز في العهد الذي نحن فيه هو التمييز بين حكم البيع قبل أن يسجل وحكمه بعد التسجيل .

١ - حكم البيع قبل أن يسجل

٢٧١ - البيع غير المسجل لا ينتقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا فيما

بين المتعاقدين - التنازع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث : لا ينتقل البيع غير المسجل الملكية بالنسبة إلى الغير ، وليس في هذا جديد فقد كان البيع غير المسجل في عهد التقنين المدني السابق لا ينتقل هو أيضاً الملكية بالنسبة إلى الغير . ولا ينتقل البيع غير المسجل الملكية فيما بين المتعاقدين أيضاً ، وهذا هو الجديد ، فقد كان البيع غير المسجل في عهد التقنين المدني السابق ينتقل الملكية فيما بين المتعاقدين كما سبق القول (١) . فتجريد البيع غير المسجل من أثر نقل الملكية فيما بين المتعاقدين كان السياسة التشريعية المرسومة لكل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، بقصد تقوية أثر التسجيل وحمل الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم .

ويترتب على ذلك أن المشتري لا يصبح مالكا للعين المبيعة مادام البيع لم يسجل ، ومن ثم لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى استحقاق يطالب فيها بتثبيت ملكته

(١) ومن ثم إذا كان عقد البيع له تاريخ ثابت سابق على تاريخ العمل بقانون التسجيل ، فإنه ينص من غير تسجيل الملكية فيما بين المتعاقدين (نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ بحسب أحكام النقض ١ رقم ١٢٢ ص ٤٨٤) .

على العين المبيعة، وإن كان يستطيع كما سنرى أن يرفع على البائع دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع . وقد قضت محكمة النقض في عهد قانون التسجيل بأن هذا القانون قد عدل حكم المادة ٢٦٦ من التقنين المدني السابق فيما يتعلق بنقل الملكية ، فبعد أن كان نقلها بمقتضى هذه المادة نتيجة لازمة للبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراجحاً إلى ما بعد حصول التسجيل . وبدون فلا يصح للمشتري - مادام لم يسجل عقده - أن يطلب الحكم بتثبيت ملكيته لما اشتراه ، وإنما له أن يصب البائع أو ورثته من بعده بالالتزامات الشخصية التي يرتبها تسليم المبيع وربعه وغير ذلك . فإذا هو طالب قبل التسجيل بتثبيت الملكية وتسليم المبيع وربعه وقضى له بذلك ، تعين نقض الحكم فيما يتعلق بتثبيت الملك لرفع الدعوى قبل استيفاء شروطها (١). ويبقى البائع مالكا للمبيع (٢)، ولكنه مع ذلك يلتزم بتسليمه للمشتري ، وإذا سلمه لا يستطيع استرداده بالرغم من أنه لا يزال مالكا له ، لأنه ضامن لاستحقاقه ومن يضمن نقل ملك لغيره لا يجوز يدعيه نفسه . وكما يجري هذا الحكم على البائع يجري على وارثه ، فلا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري أو أن يسترده منه بعد أن . . . إياه (٣) .

(١) نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٢ ص ١٥١ - وانظر تعليقا على الحكم للأستاذ حلمي بهجت بدوي في مجلة القانون والاقتصاد السنة الثالثة ص ٧٢٧ وما بعدها .

(٢) فإذا نزع ملكية المبيع للمنفعة العامة قبل تسجيل عقد البيع ، نزع على البائع على المشتري ، وانفسخ عقد البيع ، ولا يكون للمشتري حق في التمويض المعطى للبائع من روح الملكية (استئناف مخطوط ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ١٨٢) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل عقد البيع وتراجح انتقال الملكية بسببه ، أن يطلب الحكم على المشتري بتثبيت ملكيته هو للمبيع . وكما يجري هذا الحكم على البائع فهو يجري على من يخلفه في تركته ، فإن على الوارث أن يقوم للمشتري كورثته بالإجراءات اللازمة للتسجيل من الاعتراف بصدور العقد بالأوضاع المعتادة أو بإنشاء العقد من يد بتلك الأوضاع . ومتى وجب هذا على الوارث فمن يقبل منه أن يدعي لنفسه ملك المبيع على المشتري ، لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعيه لنفسه (نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ . وانظر أيضاً المنصورة الكلية ١١ مارس سنة ١٩٣٤ المجموعة الرسمية ٣ رقم ٧٢) . ويسرى التزام ورثة البائع في حق دائنهم (استئناف مخطوط ٢٤ يونيو سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٠٠) .

ويترتب على ذلك أيضاً أن دائن المشتري لا يستطيع أن ينفذ على العقار ابيع قبل تسجيل عقد البيع ، ولا يستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (١) ، لأن ملكية العقار لم تنتقل بعد إلى المشتري . أما دائن البائع فيستطيع التنفيذ على العقار ، ويستطيع أن يأخذ عليه حق اختصاص (٢) ، بل ويستطيع أن يجعل البيع غير نافذ في حقه إذا هو سجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري البيع (أنظر م ٦١٦ مرافعات) . وكذلك تنتقل ملكية العقار ، إذا مات البائع قبل تسجيل البيع ، إلى وارث البائع . أما إذا مات المشتري قبل التسجيل ، فإن الملكية لا تنتقل إلى وارثه ، ولكن يستطيع وارث المشتري أن يطالب البائع أو وارثه بنقل ملكية المبيع وأن يرفع على أى منهما دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع .

وإذا مات البائع فانتقلت ملكية العقار إلى وارثه ، وباع الوارث العقار إلى مشتر آخر ، فإن النزاع يقع بين المشتري من المورث والمشتري من الوارث . وقد رأينا أن المشتري من المورث ، في عهد التقنين المدني السابق ، هو الذي يفضل ، لأن الملكية انتقلت إليه من المورث ولو لم يسجل العقد ولم تنتقل الملكية إلى الوارث ، فيكون المشتري من الوارث قد اشترى من غير مالك فلا تنتقل إليه الملكية ولو سجل عقده . أما في عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، فالأمر يختلف . ذلك أن المشتري من المورث لم يسجل عقده فلم تنتقل إليه الملكية ، وانتقلت إلى وارث البائع . ثم انتقلت من الوارث إلى المشتري منه إذا سجل الوارث شهادة الإرث وسجل المشتري من الوارث عقد شرائه . ومن ثم يفضل المشتري من الوارث على المشتري من المورث إذا سبق الأول الثاني في التسجيل (٣) . غير أنه إذا أضر المشتري من المورث ، باعتبار

(١) ويبقى حق الاختصاص غير صحيح حتى بعد تسجيل البيع ، لأنه أخذ على عقار كان غير مملوك للمدين وقت أخذه ، وقد قضت محكمة النقض بذلك ورفضت الأخذ بالأثر الرجعي لتسجيل فيعابن المتعاقدين ودائنتهم (نقض مدني ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ مجموعة ممر ٢ رقم ١٥٢ ص ١٩٧) .
(٢) استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٩٤١ م ٤٢ ص ١٤٣ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٩ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البيع الصادر من المورث لا ينتقل ملكية المبيع إلى المشتري منه إلا بالتسجيل . فإذا لم يسجل عقد شرائه ، بقي كالعقار على من كان سابقاً وانتقل إلى ورثته =

دائماً للتركة ، بدينه صبةً لأحكام المادة ١٤ من قانون تنظيم الشهر العقاري قبل
١ المشتري من الوارث عقده ، أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال
سنة من تاريخ شهادة الإرث . كان له أن يخرج بحقه كمنشئ على المشتري من
الوارث . ولما كان حقه هو أن تنتقل إليه ملكية المبيع ، فإن له أن يطالب
المشتري من الوارث بنقل ملكية المبيع ولا يقتصر على المطالبة بالتعويض (١) ،
فاذا حصل على حكم بطليه سجله فانقلت إليه الملكية

وزي من ذلك أن المشتري من الوارث بفضل على المشتري من الوارث
في حالتين : (١) إذا سبق إلى تسجيل عقده (٢) أو إذا أشر بحقه قبل تسجيل

= من بعده بالإرث وإذا هم باعوه وسجل المشتري منهم عقد شرائه ، انتقلت إليه ملكيته .
أما الاحتجاج بقاعدة ألا تركة إلا بعد سداد الديون وأر شخص الوارث يفاير شخص مورثه
و محل لإجراء حكم التفاضل بين البيعين على اعتبار أنهما صادران من متصرف واحد في حين أنهما
صادران من شخصين مختلفين - هذا الاحتجاج لا تأثير له على حكم انتقال الملكية بالتسجيل ،
وفقاً للمادة الأولى من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ المؤداة التطبيق على واقعة الدعوى ،
والتي من مقتضاها ألا تنتقل الملكية حتى فيما بين المتعاقدين إلا بالتسجيل ، وأن ليس للمشتري
بعقد غير مسجل إلا حصة من ثمن البيع قبل البائع له . فكما أن البائع باع غير مسجل يستطع أن يبيع
مرة ثانية لمشتري آخر تنتقل إليه الملكية بتسجيل عقده ، فكذلك الوارث الذي حل محل مورثه
فيما كان له من حقوق وما عليه من التزامات في حدود التركة يملك أن يتصرف في العين التي
بثلاثها بالميراث عن مورثه لمشتري آخر . لم يسجل المشتري من مورثه عقد شرائه ، وتنتقل
الملكية إلى هذا المشتري الآخر بالتسجيل ببقائها حكماً على ملك المورث . أما كون تصرف
الوارث نافذاً أو غير نافذ وحق دائي التركة فهو بحث آخر ، وبظل حق الدائنين قائماً في الطعن
في هذا التصرف بما يخولهم القانون من حقوق في هذا الخصوص ، كما سبق لهم حق تتبع أعيان
التركة استيفاء لديونهم وفقاً لأحكام الشريعة الذراء الواجب تطبيقها في هذا الخصوص علا
بالمادة ٥٤ من القانون المدني القديم (نقض مدني ٥ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض :
رقم ٦٧ ص ٤٦٧ - وانظر أيضاً : نقض مدني أول يونيه سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض :
رقم ١٤١ ص ٥٦٩ - ٤ يونيه سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض : رقم ١٧٦ ص ١١١٣ -
وقارن : نقض مدني ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٣ ص ٢٤ - ٢٨ يونيه
سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ١١١ ص ٧٩٤) . وانظر الأستاذ أنور سلطان
فقرة ١٨٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٧٠ وفقرة ١٧٦ ص ٢٩٦ - الأستاذ عبد الفتاح
عبد الباقي فقرة ١٠٨ - الأستاذ جيل للشرقاوي ص ١٨٢ - ص ١٨٣ - الأستاذ عبد المنعم
البدراوى فقرة ٢٢١ - فقرة ٢٢٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٣
(١) أنظر آنفاً فقرة ١٩٣ في الهامش .

المشتري من الوارث عقده أو بعد هذا التسجيل ولكن في خلال سنة من تسجيل شهادة الإرث (١) . فاد لم يفعل هذا ولا ذات ، فصل عليه المشتري من الوارث إذا سجل عنده . لأن هذا قد شترى من الوارث بعد أن انتقلت إليه الملكية بالميراث . وإذا تسلّم المشتري من المورث العقار المبيع بالرغم من ذلك . فإن عقد البيع الذي في يده لا يعتبر سبباً صحيحاً في انتقاده الخمس ، لأنه صدر من المورث وقت أن كان الكا للمبيع والسبب الصحيح في التقادم الخمس يجب أن يكون صادراً من غير مالك . لكن إذا استمر المشتري من المورث حائزاً للعقد المبيع مدة التقادم المطويل . انتقلت إليه الملكية بالتقادم لا بعقد البيع (٢) .

٢٧٢ - ولكن البيع غير لسجل لا يزال يباع فينتج آثاره

نقل الملكية بالهمل : على أن البيع لم يصبح . بعد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري ، عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل . فهو لا يزال من عقود التراضي ، والبيع غير المسجل لا يزال عقد بيع له هذه الصفة ، وينتج جميع آثار البيع عدا نقل الملكية بالفعل . وقد كان هناك رأي يذهب إلى أن البيع غير المسجل لا يكون بيعاً وإنما يكون عقداً غير مسمى وأن البيع لا يتم إلا بالتسجيل . ولكن هذا الرأي بقي رأياً مرجوحاً منذ ظهر ثم اختفى سريعاً ، وأجمع الفقه والقضاء على أن عقد البيع يتم بالتراضي ولو لم يسجل (٣) . فالبيع غير المسجل

(١) انظر أدور ملصون مقترحة ١٨٤ - ص ٢٢٤ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا عولت محكمة الموضوع على ما ثبت لديها من المشتري بعقود عرقية ثبتة التاريخ من المورث قد ساكو . الشكوك بوضع اليد المكسب للملكية بالمدة الطويلة . استغنت هذا عن البحث في أمر تسجيل الاختصاص الذي أخذ ضد المورث والمفوضة بينه وبين العقود العرقية وفقاً لمواد التسجيل القديمة ، فلا مخالفة للقانون في ذلك : لأن واضح اليد المدة الطويلة مع العقود العرقية التي ثبت التاريخ بمصر قانوناً على صاحب التسجيل (نقض من ذي ٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٣ ص ٢٤) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن قانون تسجيل الصادر في ٢٦ يولييه سنة ١٩٢٣ لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي يتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين . وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للمدين وغيرهم ، فجعل نقل الملكية غير مترتب =

ينتج جميع آثار البيع ، إذا امتنينا نقل الملكية بالفعل كما قدمنا .

ويترتب على ذلك أن البيع غير المسجل ينشئ جميع التزامات البائع ، فيلتزم بموجبه البائع بنقل الملكية إلى المشتري (١) وتسليم البيع وبضمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية . وينشئ البيع غير المسجل كذلك جميع التزامات المشتري ، فيلتزم بموجبه المشتري بأن يدفع الثمن والمصروفات وبأن يتسلم المبيع (٢) . ويترتب على ذلك أيضاً أن البيع غير المسجل يبقى محتفظاً بالوصف

= على مجرد العقد بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل ، وترك لعقد البيع معناه وباقي آثاره (نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩ ص ١٦٣ - ٤ يونيو سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٧٤ ص ١١٥٠ - أول يونيو سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٨٧ ص ٥٦٧ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٢٥ ص ٣٨٥ - أنظر أيضاً استئناف مخطوط ٧ فبراير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٨٦ - ٩ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣١٠) .

هذا وقد قدمنا أن بيع العقار في التقنين المدني المراق عقد شكل لا يتم إلا بالتسجيل في دائرة الطابور ، وأن العقد غير المسجل في دائرة الطابور ليس ببيع بل هو عقد غير مسمى يقتصر على إنشاء التزام بالتعريض دون أن ينشئ التزاماً بنقل الملكية (أنظر آنفاً فقرة ٢٥٠ في الهامش) .

(١) ويترتب على أن البائع ياتى بنقل ملكية المبيع ما يأتي : (أ) ما قدمناه من أن البائع لا يستطيع أن يطالب المشتري بتثبيت ملكيته على المبيع ولو أنه لا يزال مالكا لأن البيع لم يسجل ، ذلك أن عدم تسجيل الملكية ومن كان ملزماً بنقل الملكية لا يستطيع أن يطالب به (أنظر آنفاً فقرة ٢٧١ في الهامش) . (ب) يجوز للمشتري الذي لم يسجل عقد شرائه ، وقد أصبح دائماً البائع بنقل الملكية ، أن يجهز حقه هذا لئلا له ، وتكون الحوالة صحيحة ولا يمنع من صحتها عدم تسجيل البيع (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٧٦ ص ٤٩٤) . (ج) إذا اشترط البائع على المشتري ألا يسجل العقد قبل الوفاء بالثمن ، فإن البيع قبل الوفاء بالثمن وقبل التسجيل ، ويكون التسجيل وحده هو الموقوف على دفع الثمن . (د) لم يدفع المشتري الثمن ، جاز للبائع إما مطالبة بالثمن وإما فسخ البيع طبقاً للقواعد العامة . وهذا الحكم صحيح حتى في عهد التقنين المدني السابق قبل قانون التسجيل (استئناف مخطوط ٢٩ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١١٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع هو من عقود التراضي التي تم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين ، وكل ما استحدثه قانون التسجيل من الأثر هو أن نقل الملكية بعد أن كان ، بمقتضى الفقرة الأولى من المادة ٢٦٦ من التقنين المدني السابق ، نتيجة لازمة لبيع الصحيح بمجرد عقده ، أصبح متراخياً إلى بعد حصول التسجيل . أما أحكام البيع الأخرى فلا تزال قائمة لم يفسخها قانون التسجيل ، فالبايع يبقى ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل ملكية المشتري ، كما يبقى المشتري ملزماً بأداء الثمن ، إلى غير ذلك من الالتزامات التي تترتب =

القانونى للبيع ، فيجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وبصلاح أن يكون سيداً صحيحاً في التقادم الخمس قبل التقنين المدنى الجديد ، ويكون بيع ملك الغير قابلاً للإبطال ولو لم يسجل .

فنبحث إذن المسائل الثلاث الآتية : (١) البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل ملكية المبيع ، وما يتعلق بذلك من دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع . (٢) وينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب البائع وفي جانب المشتري . (٣) وترتب عليه جميع آثاره بوصفه عقد بيع .

١٥٨ - البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل

الملكية - كيف يفهم هذا الالتزام : قدمنا أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية إلى المشتري ، ولكنه ينشئ التزاماً في جانب البائع بنقل الملكية . ولما كان هذا الالتزام لا يمكن تنفيذه إلا بتسجيل عقد البيع ، ولما كان التسجيل يتطلب إجراءات لا بد فيها من تدخل البائع الشخصى إذ لا بد أن يكون مقراً بصدور البيع منه وإن يكون توقيعه مصدقاً عليه ، من أجل ذلك كان للمشتري

= بينما حل النزال بمجرد انقضاء البيع (نفس مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة ص ١ رقم ٧٣ ص ١١٣) . وقفت أيضاً بأن عقد البيع ، سواء كان مسجلاً أو غير مسجل ، يلزم البائع بأن يمكن المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة . فإذا لم يتم البائع بتنفيذ هذا التعهد أو لم يتمكن من القيام به ، واستحقت العين المبيعة أو زرع ملكيتها بسبب ترتب حق عنى عليها وقت البيع أو لنشوء هذا الحق بفعل البائع بعد تاريخ العقد ، فإنه يجب عليه رد العن مع التضيئات طبقاً لما تنقضى به المادتان ٣٠٠ و ٣٠٤ من القانون المدنى (السابق) . ولا يسقط حق الضمان عن البائع ، إلا إذا اشترط عدم الضمان وكان المشتري المأ وقت الشراء بسبب الاستحقاق أو اعترف أنه اشترى ساعداً الخيار ، أما عدم تسجيل المشتري عقد شرائه فلا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالحكم الذى يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن زرع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله في تسجيل عقد شرائه ، مما مكن دائن البائع الشخصى من زرع ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً للقانون متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة ص ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠١٩ - وانظر أيضاً نقض مدنى ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة ص ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ وسائر الأحكام المشار إليها في هذا المتن في الحاشية قبل السابقة - وكان هذا رأى قد استقر فى القضاء المصرى قبل إنشاء محكمة النقض بحكم من محكمة استئناف مصر فى دواثرها المهيمنة فى ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ ٨ ص ٢٩٩) .

أر يطالب البائع ، تنفيذاً للالتزام الذي في ذمته ، أن يقوم بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد . فإذا قام البائع بهذه الأعمال وانبنى على ذلك تسجيل العقد ، فقد نفذ التزامه بنقل الملكية . وانتقلت الملكية فعلاً إلى المشتري بالتسجيل . وإذا أنكر البائع صدور البيع منه ، أو امتنع عن الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على إمضائه ، أو أخل بأية صورة أخرى بواجبه من القيام بالأعمال اللازمة لتسجيل العقد (١) ، جاز للمشتري إجباره هو أو ورثته على القيام بذلك . ولا يكتفى المشتري بأن يطالب البائع بالتعويض عن الإخلال بالتزامه ، بل يجوز له أن يصل إلى إجبار البائع على تنفيذ التزامه عيناً ونقل الملكية بالتسجيل ، وذلك عن طريق دعوى بين ابتكرهما العمل وإقرارها القضاء منذ صدور قانون التسجيل : دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع .

٢٧٤ - دعوى صحة التعاقد هذه الدعوى لم يكن قانون التسجيل يشير إليها ، ولكن العمل ابتدعها (٢) تحت اسم « دعوى صحة ونفاذ العقد »

(١) كأن يكون البيع قد صدر شفويًا وامتنع البائع عن تحرير ورقة به تكون صالحة لتسجيل ، أو يكون البيع قد كتب على ورقة امتنع البائع عن كتابته على النموذج المطبوع المخصص لتسجيل ، أو يكون البائع قد امتنع عن تقديم المستندات والشهادات اللازمة لتسجيل (الأستاذ أبو زر سلطان فقرة ٧٨ ص ٢٠٣) .

(٢) ولم يتخلف القضاء المختلط عن القضاء الرطقي في إقرار دعوى صحة التعاقد ، فن أحكام محكمة الاستئناف المختلطة في هذا المعنى : استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٩٦ - ١١ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٦٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٦ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٢٦ - ١٣ ديسمبر ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٦٩ - ٢٨ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢١٥ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٨ ص ٤٥ - ٢١ أبريل سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٣٦ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ م ٥١ ص ٥٣ - ٩ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١٩٩ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢٠٨ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ .

ونقوم دعوى صحة التعاقد على الأساس القانوني الآتي : يتضمن التزام البائع بنقل الملكية التزاماً بتمكين المشتري من تسجيل عقد البيع ، وهذا الالتزام الأخير يمكن تنفيذه عيناً وتسمع طبيعته أن يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ العيني ، وقد نصت المادة ٢١٠ مدني على أنه « في الالتزام بعمل يقوم حكم القاضي مقام التنفيذ إذا سمحت بذلك طبيعة الالتزام » . فدعوى صحة التعاقد إذن هي دعوى يطلب فيها المشتري من البائع تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً في عقد =

منذ صدور هذا القانون ، ليواجه بها امتناع البيع عن القيام بالأعمال الواجبة للتسجيل على النحو الذى قدمناه ، حتى لو كان معترفاً بصدور البيع منه (١) . فلو كان البائع منكرأً ببيع أو معترفاً به ، فهو مدعى امتناعاً عن القيام بالأعمال الواجبة لتسجيل العقد استنطع المشتري إجباره على ذلك . بأن يرفع عليه دعوى يطلب فيها الحكم بثبوت البيع أو بصحته ونفاذه (action en réalisation, en constatation, de la vente) . فإذا ما صدر هذا الحكم جعل منه المشتري سنداً يغنيه عن عقد البيع الصالح للتسجيل ، فهو سند رسمى أقوى من السند العرفى المصدق فيه على التوقيع ، وهو فى الوقت ذاته يثبت - أكثر مما تثبت الورقة المكتوبة ولو كانت ورقة رسمية - وقوع البيع صحيحاً نافذاً . فيجوز إذن

= بيع صحيح نافذ . ويتربط على ذلك أنه إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن ، لم تقبل دعوى صحة التعاقد . فإذا باع البائع العقار مرة ثانية لمشتري ثان وسجل هذا التعاقد قبل أن يتم البيع للمشتري الأول من التسجيل ، أصبح تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري الأول غير ممكن عينياً ، ومن ثم ترفض دعوى المشتري الأول على البائع بصحة التعاقد (الأستاذ محمد على إمام فقرة ١٦٦ ص ٢٦٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢١ . قارن الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٥٩ هامش رقم ٣) . ويرفض القضاء الحكم بصحة التعاقد إذا تبين من وقائع الدعوى أن تسجيل الحكم لن يجدى المشتري فى نقل الملكية ، كما لو كان هناك من كسب هذه الملكية بسند ينجح به فى مراجعتها رغم صدور الحكم لمصلحته ، كمشترى ثان سجل عقده قبل تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد ، إذ أن الحكم لمصلحة المشتري الأول وتسجيل هذا الحكم يصبح عديم الفائدة (نقض مدنى ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) . كذلك يجب رفض دعوى صحة التعاقد إذا اتضح أن المتدخل فيها هو المالك الحقيقى للعقار ، لأن المشتري من غير المالك لا يجديه أن يصدر حكم بصحة تعاقد (نقض مدنى ١٧ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) . وقد سبقت الإشارة إليه - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٦٩ ص ١١٠) . وما يقطع أن دعوى صحة التعاقد ليست فى حقيقتها إلا مطالبة المشتري للبائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع تنفيذاً عينياً أن هذه الدعوى لا يرفعها البائع على المشتري ، وإنما يرفعها المشتري على البائع . أما الدعوى التى يرفعها البائع على المشتري فهى دعوى المطالبة بدفع الثمن ، لا دعوى صحة التعاقد .

(١) والمفروض طبعاً أن البيع غير مكتوب أصلاً أو مكتوب فى ورقة عرفية . أما إذا كان مكتوباً فى ورقة رسمية ، فلا حاجة للمشتري برفع دعوى صحة التعاقد ، لأن الورقة الرسمية قابلة للتسجيل دون حاجة إلى تدخل البائع ، وذلك ما لم يمنع البائع عن تقديم المستندات التى تثبت أصل ملكيته .

للمشتري أن يسجل هذا الحكم باعتباره سنداً قاطعاً على وقوع البيع ، ولا يحتاج في تسجيله إلى تدخل البائع (١) ، ومنى سجله انتقلت إليه ملكية المبيع (٢) .

وذلك بشرط أن يرفق المشتري بالحكم عند شهره المستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، لأن الحكم الصادر بصحة التعاقد لا يتعرض لأصل هذه الملكية . وقد قضت محكمة دمنهور الكلية بأن صدور الحكم بصحة التعاقد لا يبرهن المشتري من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع (٢٨ مارس سنة ١٩٥٥ الهامة ٣٦ رقم ٥٧٦ ص ١٧٥٤) .

ويقول الدكتور محمد شوقي في هذا الصدد : « سبق أن بينا أن كثيراً من المتعاملين كان يلجأ إلى دعوى صحة التعاقد للهروب من إثبات ملكية المتصرف . فإذا ما طالبت الهيئة التي كانت تشرف على أعمال الشهر بما يفيد ملكية البائع ، رفع المشتري دعوى بصحة التعاقد واستصدر حكماً بذلك يقدم لأفلام الرهون ويسجل آلياً باعتباره حكماً واجب التنفيذ ، فتنتقل بذلك ملكية العقار إليه دون بحث . صحيح أنه كان للمحكمة حق بحث هذه الملكية ، إنما كثيراً ما كان يحدث أن ينيب المدعى عليه وهو البائع أو يحضر ويقر بصدور التعاقد منه ، فيصدر الحكم هذا الأساس ، وتنتفي الحكة من قانون سنة ١٩٢٣ الذي كان يتطلب دقة في البحث قبل تمكين أى شخص من التصرف . . . وقد فطن المشرع (قانون تنظيم الشهر العقاري) عندما قضى بشهر دعوى صحة التعاقد إلى سوء استعمال هذا الحق في الماضي ، فنص على أن صدور حكم بصحة التعاقد لا يعنى من تقديم كافة المستندات الدالة على ملكية البائع . . . وقد كانت الأسباب التي سردها دامية إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعوى من المهررات الواجب شهرها ، فاستتبع ذلك عدم شهر الأحكام الصادرة فيها . (الشهر العقاري ص ١٩١ - ص ١٩٢) . ويقول الأستاذ محمد أبرشادي : « وإذا تعذر على المحكوم لصالحه في دعوى صحة التعاقد تقديم المستندات المثبتة لأصل الملكية نظراً لكونها في حوزة الغير ضد الحكم ، فيجب التحقق من صحة هذه الملكية بإزالة الملاك السابقين والجاورين ورجال الحكومة وأصحاب التكليف المدرج به العقار . ثم يعمل إقرار بنتيجة هذا التحقيق وبحرر على ورق التسجيل المتموغ ويوضح به أصل الملكية ، على أن يوقع على هذا الإقرار من سيادته لصالحه الحكم ويصدق على توقيعه ويرفق بالحكم عند تسجيله (شهر الحقوق العقارية ص ١٢٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المشتري أن يطلب تنفيذ مآنه به البائع من نقل الملكية إليه ، وذلك من طريق طلب الحكم بصحة عقد البيع توصلًا إلى تسجيل الحكم الذي يصدر له بما طلب ، والذي يحل في هذه الحالة محل العقد في التسجيل . فإذا ما تمت هذه الإجراءات أصبح مالكاً قانوناً فمقتار المبيع ، وصار له حق طلب تثبيت ملكيته إذا وجدت منازعة من البائع أو ورثته (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨٣ ص ١٥٤ - ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٧ ص ٧٣٤) - والذي يسجل هو الحكم وحده ، ولا حاجة إلى تسجيل العقد معه ، إلا إذا كان الحكم قد أحال عليه فيسجل الحكم ومعه العقد باعتباره من ملحقات الحكم (الأستاذ عبد الزهاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٥١) ، وهذا بخلاف =

بل إن العمل سار مرحلة أبعد من ذلك ، وغل يد البائع عن التصرف في العقار المبيع من وقت رفع الدعوى بصحة التعاقد ، حتى لا يكون المشتري تحت رحمة أثناء المدة الطويلة التي قد يستغرقها نظر الدعوى ، فيبادر البائع إلى التصرف في العقار لشخص آخر ويبادر هذا إلى تسجيل عقده قبل تسجيل الحكم بصحة التعاقد فلا تكون هناك جدوى من هذا الحكم . وذلك بأن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يتصرف في العقار (١) ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد بعد ذلك أضر المشتري به على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، فيصبح أي تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى بصحة التعاقد غير نافذ في حق المشتري (٢) . وقد أقرت محكمة النقض العمل فيما جرى عليه ، واعتبرت دعوى صحة التعاقد دعوى

= دعوى صحة التوقيع ففيها سجل المدعى وهو الأصل ومنه الحكم باعتباره من ملحقاته .
ودعوى صحة التعاقد دعوى شخصية عقارية ، فتكون من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها العقار كالدعوى العينية ، أو المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه كالدعوى الشخصية (م ٢/٥٦ مرافعات - استئناف مخطط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨) .
(١) ويستطيع المشتري إل جانب ذلك أن يطلب وضع العقار المبيع تحت الحراسة أثناء النزاع . وقد قضت محكمة النقض بأن من حق المشتري أن يطالب البائع بالتسليم على اعتبار أنه التزام شخصي وأثر من آثار البيع الذي لا يحول دونه عدم حصول التسجيل ، ومن شأنه هذه الآثار أيضا أن تكون للمشتري - إذا ما خشي على العين من بقائها تحت يد البائع طيلة النزاع ، أن يطلب إلى المحكمة وضعها تحت الحراسة ، إذ النزاع على كل حال منصب على العقار المطلوب وضعه تحت الحراسة (نقض مدني ١٧ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٧١ ص ١٩٨) .
(٢) ليس هذا فحسب ، بل إن البيع الصادر من البائع إلى مشتر آخر إذا سجل قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ، لم ينفذ مع ذلك في حق المشتري الأول الذي رفع هذه الدعوى إلا إذا كان المشتري الآخر حسن النية ، ذلك أن حق المشتري الأول الذي سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا تنعدم حجته إلا في مواجهة الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل تسجيل صحيفة الدعوى (م ٢/١٧ قانون الشهر) . كذلك لا يحتاج على المشتري الأول بتسجيل سابق لعقد صوري ، سواء كان هذا العقد الصوري لا وجود له أصلا (نقض مدني ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ - ٢ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ ص ١٨٢) ، أو كان عند غيابه في صورة عقد بيع (نقض مدني ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ ص ٢٢٠ - ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٩ ص ٢٣٤) .
ويجوز لمشتري أن يحتاج بتسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد من وقت حصول التسجيل ، حتى لو كان عند البائع له لم يسجل إلا بعد صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة عمر ١ رقم ١٠٥ ص ٤١١) .

استحقاق مالا كما سبق القول (١) ، فأدخلتها ضمن دعاوى الاستحقاق التي تسجل صحيفتها ويكون لتسجيلها الحجية التي قدمناها طبقاً للمادة السابعة من قانون التسجيل (٢) . وجاء قانون تنظيم الشهر العقاري مؤيداً للعمل وللنقض ، فنص سراحة في المادة ٢/١٥ كما رأينا على أنه : يجب تسجيل دعاوى صحة التعاقد على حقوق عينية عقارية (٣) . ورتب على تسجيلها ، كما جاء في المادة

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٥٩ .

(٢) نقض مدني ٥ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩١ ص ١٦٣ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢ - ٢٩ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٨ ص ٤٥٤ - ٢٧ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٣٢ ص ٢٤٣ - ١٥ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٥٩ ص ٤٩٤ - ١٩ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٧٣ ص ٥٨٧ .

(٣) ولا يجوز تسجيل عريضة دعوى صحة التعاقد إلا بعد إعلانها وقيدها بمجدول المحكة (م ١٥ قانون الشهر) ، ولا يكن التأشير من مصلحة المساحة على صحيفة الدعوى (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام للنقض ٣ رقم ١٥٦ ص ١٠٤٢) . والمبرة في تحديد الأرض المحكوم بإثبات صحة التعاقد فيها هي ما ورد من ذلك في العقد الذي بيعت بموجبه ، لا بما يكون قد ورد في صحيفة دعوى صحة التعاقد (نقض مدني مدني ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٦ ص ٢٢٣) .

على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية قبل التأشير بالحكم الصادر فيها (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ - ١٣ يونيو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٦٤ ص ٥٧٦) . ولما كانت محكمة النقض لا تأخذ بالأثر الرجعي للتسجيل ، فقد رتب على أن مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد لا ينقل الملكية فيما يأتي : (١) رفض دعوى شفعة رفعها مشتر لم يسجل عقد مشتراه للعقار المشفوع به وإن كان قد سجل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٨ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦ ص ٢٢) . (ب) سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بمضي أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع لا من يوم تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٤٢٥ - ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٢٠٩) . (ج) في صدد الفاضلة بين أي المالكين ، أرض الشفع أو أرض المشتري ، تعود عليه منفعة أكثر ، يسقط اعتبار الشفع مالكا لجزء من الأطنان التي يشفع بها على أساس مجرد تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد (٢٣ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤) - فانحباب أثر الحكم إلى تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد معقصور على حماية رافع الدعوى من الحقوق التي تقرر على العقار بعد تسجيل صحيفة الدعوى (استئناف مصر ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢١٣ - الأستاذ محمد كامل م. م. في شهر " سرفات فقرة ١٥٩ ص ٢٣٠) .

٢١/١٧ « أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى » .

ولما كانت دعوى صحة التعاقد الغرض منها ثبوت أن عقد البيع قد صدر من البائع صحيحاً نافذاً وأن هذا العقد لا يزال صحيحاً نافذاً وقت صدور الحكم (١) ، فإنه يجوز للبائع أن يتقدم في هذه الدعوى بأى دفع يتعارض مع ذلك . فيجوز له إذن أن يدفع الدعوى بصورية البيع ، أو بطلانه لانعدام التراضي أو لاستحالة المحل أو لعدم مشروعية السبب أو لغير ذلك من أسباب البطلان (٢) . ويجوز له أن يرفع دعوى مربية بابطال البيع لفظ أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، أو لنقص في الأهلية . ويجوز له أن يدفع بانفساخ البيع أو عدم نفاذه ، لتحقيق شرط فاسخ أو لعدم تحقق شرط واقف أو لاستحالة التنفيذ أو لغير ذلك من أسباب الانفساخ أو لعدم النفاذ (٣) . ويجوز له أخيراً

(١) لذلك يقع على المشتري عبء إثبات صدور عقد البيع من البائع . ولما كان البيع نصراً قانونياً ، فلا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن إلا إذا كان الثمن لا يزيد على عشر جنيهات . والغالب أن يقدم المشتري ورقة عرفية بالبيع عليها توقيع من البائع غير معقد عليه ، فيتسع المجال عندئذ للبائع في أن يطمئن في هذه الورقة بالتزوير أو بالبطلان أو بالإبطال أو بالانفساخ أو بغير ذلك من أوجه الطعن

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الثمن ركن من أركان البيع التى يجب التثبت من توافرها قبل الحكم بانهقاده ، وما يجزئ قاضى الموضوع من هذا التثبت و دعوى صحة التعاقد بحج عليه أن يورده في أسباب حكمه ليقوم هذا الإيراد شاهداً على أنه لا ينقض أمر هذا الركن من أركان العقد المتنازع فيه ، ويمكن به محكمة النقض من أن تأخذ بحقتها في الإشراف على مراعاة أحكام القانون . فإذا كان الحكم الصادر بثبوت حصول البيع بين عرفية وبالتزوير بتسجيل الحكم ليقوم مقام العقد في نقل الملكية مجهلاً فيه ركن الثمن المقول بأن البيع ثم على أساسه ، فإنه يكون مشوباً بأسبابه متعيناً نقضه (نقض مدنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٥ رقم ٤٢ ص ١١٢) .

(٣) ومن أسباب عدم نفاذ البيع الدفع بعدم تنفيذ العقد ، فإذا لم يقم المشتري بالتزامه من دفع الثمن ورنع مع ذلك على البائع دعوى بصحة التعاقد ، جاز للبائع أن يدفع هذه الدعوى بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن فتوقف عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، وفقاً للقواعد المقررة في الدفع بعدم التنفيذ (نقض مدنى ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض رقم ٨٢ ص ٤٤٤ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض رقم ٨ ص ٤٧ - ٤٥١ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ بمجموعة أحكام النقض رقم ٨٧ ص ٧٨٩ - الأستد بمبداء التنازع بين البائع عنرة ٩٥ ص ١٤٠ - الأمتام منصور ومعلق منصور عنرة ٦٩ ص ١٠٩) .

أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام المشتري بتنفيذ التزاماته (١) .

= ومن أسباب إبطال البيع صدوره من مجبور عليه دون أن تلحقه الإجازة، فلا بد أن تثبت الهكئة ما إذا كان البيع في هذه الحالة قد أجيز أو بن دون إجازة . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تمسك المشتري برفع دعوى صحة التعاقد ونفاذه . أو ورثة البائع المجهور به . قد أجازوا بغيره . بعد وفائه ما يترتب عليه نفاذ العقد الصادر من القيم ولو لم يأذن به المجلس الحسبي ، فلا يمرض الحكم لهذا الدفاع ، ويقضى برفض الدعوى بناء على أن المجهور عليه كان قد توفى في الوقت الذي صدر فيه إذن المجلس الحسبي ، فإن الحكم يكون قاصر السبب متعياً نقضه (نقض مدني ١٤ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٩ ص ١٢٥) .

(١) أما إذا كان البيع منفسخاً فلا حاجة لرفع دعوى فسخية ، ويكون دفع الدعوى الأصلية بأن البيع منفسخ . كذلك يكون الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته ، فيتمتع عندئذ على الهكئة أن تبحث أمر قيام المشتري بالتزاماته حتى يكون له الحق في طلب الحكم بصحة البيع ونفاذه . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان أساس دعوى صحة التعاقد حصول البيع وامتناع البائع من تنفيذ التزاماته التي من شأنها نقل الملكية إلى المشتري ، وكان المطلوب فيها هو الحكم بإنفاذ هذه الالتزامات جبراً على البائع ، وذلك بالحكم بأن البيع الذي صدر فيه صحيح وبأنه واجب النفاذ عليه وبالإذن في تسجيل الحكم ترملاً لا انتقال الملكية ، فهي بحكم هذا الأساس وتلك الطلبات تستلزم قانوناً من القاضي أن يفصل في أمر صحة البيع ، ثم يفصل أيضاً في أمر امتناع البائع من تنفيذ التزاماته وهل كان له عذر في هذا الامتناع . وإذا كان من الأضرار الشرعية لعدم وفاء المتعاقد بالتزامه في العقود التبادلية أن يكون المتعاقد الآخر يرف بالتزامه ، فإن هذا يستلزم النظر في أمر قيام المشتري بتنفيذ التزاماته هو ، حتى يكون أو لا يكون له الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزاماته . وإذا كان محل هذه الأمور يتحتم أن يتعرض لها القاضي للفصل في الدعوى ، فلا يصح القول بأن النظر الهكئة فيها يكون مقيداً بذات صحة التعاقد فحسب . وكذلك لا يصح القول بأنه على البائع رفع دعوى بطلب الفسخ مستقلة عن الدعوى المرفوعة عليه بصحة التعاقد ، إذ استعمال الحق كما يكون في صورة دعوى به يرفها صاحبه يكون في صورة دفع في دعوى مرفوعة عليه ، (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٩٩ ص ٤٣٤) .

وإذا اشترى شخص عقاراً من غير مالكه ، ورفع على البائع دعوى صحة التعاقد ونفاذه ، وجب رفض الدعوى ، لا لأن بيع ملك الغير هنا قابل للإبطال إذ الإبطال من حق المشتري وحده وهو الذي يرفع الدعوى بصحة التعاقد فيكون رفعه للدعوى إجازة للعقد ، ولكن لأن هذا البيع غير نافذ في نقل الملكية للمشتري ، ودعوى صحة التعاقد لا تقبل إلا إذا كان من شأن البيع المتمسك به فيها نقل الملكية ، ويستوى في ذلك أن يتدخل المالك الحقيقي في الدعوى أو لا يتدخل (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٥ ص ١٥٠ - ص ١٥١ - وانظر في حالة تدخل المالك الحقيقي : نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧ ص ١٠٤٦) . فيجوز إذن للمالك الحقيقي أن يتدخل في دعوى صحة التعاقد ويدفع الدعوى بأن البائع ليس هو المالك ، فلا يسوغ وقف الدعوى حتى يفصل في الملكية ، بل يجب الفصل في الملكية =

وتتقدم دعوى صحة التعاقد بخمس عشرة سنة من وقت صدور البيع ،
شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى (١) .

وكما يجوز للمشتري رفع هذه الدعوى على البائع ، يجوز له أيضاً أن يرفعها
على وارث البائع بعد موت البائع ، باعتبار أن الوارث يمثل التركة وأن التزام
البائع بنقل الملكية باق بعد موت البائع في تركته . ومن ثم لا يجوز لوارث البائع
أن يحتج على المشتري بعدم تسجيل العقد الصادر له من المورث (٢) ، ويجوز

= في الدعوى ذاتها (نقض مدني ٨ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٥٧
ص ١٠٤٦) . وإذا تمسك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بأنه يملك المقار بالتقدم
الطويل ، وجب رفض دعوى صحة التعاقد (نقض مدني ١٦ أكتوبر سنة ١٩٥٢ مجموعة
أحكام النقض ٤ رقم ٣ ص ١١) . وإذا تمسك أحد الخصوم في دعوى صحة التعاقد بملكيت
هو للمقار المبيع ، تمين على المحكمة المنظور أمامها الدعوى الفصل في ذلك ، إذ أن الحكم بصحة
التعاقد يتوقف على التحقق من عدم سلامة هذا الدفاع (نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٥٥
مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٢٦ ص ١٦٢٤) . وقد يكون المالك الحقيقي شخصاً صدر له
عقد من البائع وسجل قبل أن يسجل المشتري صحيفة دعوى صحة التعاقد ، فيجب في هذه الحالة
رفض دعوى صحة التعاقد متى كان المشتري الذي سجل أولاً حسن النية (نقض مدني ١٧ ديسمبر
سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٣٩ ص ٢٥٧) .

(١) غير أنه إذا تسلّم المشتري المقار من البائع ، فن الجائز أن يكون قد تملكه بالتقدم
الطويل مدة خمس عشرة سنة . وإذا فرض أن هذه المدة لم تنقض منذ تسلّم المشتري
للمقار ، ولكنها انقضت منذ صدور البيع ، فهل تسقط دعوى صحة التعاقد بالتقدم وذلك
بالرغم من تسلّم المشتري للمقار ؟ الظاهر أنه يمكن اعتبار تسلّم المشتري للمقار قاطعاً لمدة التقدم
المسقط ، فلا تسقط دعوى صحة التعاقد إذا كان المشتري قد تسلّم البذر قبل انقضاء خمس
عشرة من وقت صدور البيع (انظر في هذا المعنى الدكتور محمود شوقي في الشهر العقاري علماً
ومحلاً ص ٢٥٠) .

(٢) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٥ ص ٣٠٦ - كذلك
لا يجوز لدائن تركة البائع أن يتمسكوا ضد المشتري بعدم تسجيل البيع . فإذا مات البائع قبل
الوفاء بتمهده بنقل الملكية ، لم يكن لدائنه للعادي أن يدعى في مواجهة المشتري أي حق
حل المقار المبيع يتنافى مع تعهد البائع ، ولا يجوز لهذا الدائن إجراء التنفيذ على المقار باعتبار
أنه كان مملوكاً للورث وقت وفاته ، خصوصاً إذا كان المشتري قد سجل حكماً صدر له
حل الورثة بصحة التعاقد قبل اتخاذ إجراءات التنفيذ (نقض مدني ٢ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة
عمر ٤ رقم ١٠٥ ص ٢٦٩) .

ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد على المتقاسمين مع البائع قسمة أفرزت المبيع (نقض مدني
٥ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٦٤ ص ٤٤٩) .

المشتري أن يرفع دعوى صحة البائع أو على وارثه . على الوجه الذي

قد سجد

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع عقده لم يسجل . فالمشتري أن يدفع باسم البائع له دعوى صحة التعاقد على البائع ، حتى يتمكن - بعد تسجيل الدعوى والتأشير بالحكم - أن يسجل عقد البيع الصادر له من البائع أو أن يحصل على حكم بصحة التعاقد الصادر له هو من البائع (٢) .

(١) نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٢ رقم ٦٥ ص ٢٠٦ وقد سجد الإشارة إليه . فقدت أيضاً محكمة النقض بأن طلب ورثة المشتري لعقار صحة ونفاذ البيع الذي عقده مورثه . حمل موضوع الدعوى في جميع الأحوال غير قابل للتجزئة ، إذا مثل هذه الدعوى التي يعمد منها أن تكون دعوى استحقاق مآلا يعتبر في الأصل قابلا للتجزئة لكل وارث أن يطالب بحصته في المبيع مساوية لحصته الميراثية ، وذلك ما لم يكن محل العقد غير قابل للتجزئة لطبيعته أو لمفهوم قصد المتعاقدين (نقض مدني أول مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٧٢ ص ٢٩٤) . ولكن يبدو أن للبائع في هذه الحالة أن يدفع دعوى أحد الورثة بعدم جواز تفرق الصفقة ، فيطلب تنفيذ البيع بأكمله ويتقاضى كل الثمن من التركة . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه يجوز تقرير عدم التجزئة بإرادة المتبايعين ، فإذا اشترى شخص قطعي أرض متفصلتين الواحدة عن الأخرى بعقد بيع واحد ، وتهد بوفاء دين قضية بما يتبقى من ثمن الثانية ، وانضمت رغبة البائع في التخلص من ديونه دفعة واحدة ببيع قطعي الأرض على السواء لمشتري واحد يكرر من باقي ثمن إحداها ما على الأخرى لنفس الدائن ، وجب رفض الحكم بصحة ونفاذ عقد البيع بالنسبة إلى إحدى القطعتين لعدم القابلية للتجزئة (نقض مدني ٢٢ مارس سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٢ ص ٤٤٤) .

هذا ويجوز لدائي المشتري رفع دعوى صحة التعاقد باسم المشتري مدينهم إذا أهلك هذا في رفضها (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢١ ص ٧٦٠) .

(٢) نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٩ ص ٣١٧ - ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٢ ص ٣٣٠ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ٩٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٢١ ص ٣٦٠ - ٣٦١) . وقضت محكمة النقض بأن المشتري من مشتري لم يسجل عقده لا يستطيع أن يكلف البائع الأصل بالتوقيع له على عقد صالح للتسجيل إذا لم يتعاقد معه ، بل كل ماله - حتى لو قيل بوجود حق مباشر له قبله - هو أن يطلب منه التوقيع على عقد بيع صالح للتسجيل لمن اشترى منه (نقض مدني ١٦ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢٩ ص ٨٨٠) - وإذا رفع المشتري الدعوى على كل من البائع والبائع للبائع ، فصل في الدعوى في صحة العقد ، العقد الصادر من بائع البائع للبائع والعقد الصادر من البائع للمشتري ، كما أن كل الحقوق التي كسبها البائع من بائع تنتقل إلى المشتري . نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ ص ٢٠١) .

٢٧٥ - رهوى صحة التوقيع : على أن المشتري قد يكون في بده

ورقة عرفية بالبيع موقعة من البائع بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويمتنع البائع مع ذلك من الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل . وقد قدمنا أن للمشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يرفع دعوى صحة التعاقد ، فيصل بها إلى الحكم بصحة ونفاذ البيع على النحو الذي قدمناه . إلا أنه قد يقع في هذه الحالة بدعوى أكثر يسراً ، ولكنها أقل شأناً ، وهي دعوى صحة التوقيع . وقد استعار العمل هذه الدعوى من دعوى تحقيق الخطوط الأصلية المعروفة في تقنين المرافعات .

فيجوز للمشتري أن يختصم البائع ليقر أن الورقة العرفية هي بامضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه ، ويكون ذلك بدعوى سلبية بالإجراءات المعتادة للدعوى . فإذا حضر البائع وأقر أو سكت أو لم ينكر توقيعه أو لم ينسبه إلى سواه ، اعتبرته المحكمة مقراً بتوقيعه على ورقة البيع ، وتكون جميع مصروفات دعوى صحة التوقيع على المشتري . أما إذا لم يحضر البائع ، حكمت المحكمة في غيبته بصحة التوقيع ، ويجوز له أن يعارض في هذا الحكم في جميع الأحوال . وإذا حضر البائع وأنكر التوقيع أو نسبه إلى سواه ، اتخذت المحكمة الإجراءات التي رسمها تقنين المرافعات في المواد ٢٦٢ - ٢٧٦ لتحقيق التوقيع والحكم بصحته أو برد الورقة (أنظر المواد ٢٧٧ - ٢٨٠ مرافعات) . ومنى صدر الحكم بصحة التوقيع ، سواء باقرار البائع أو بعد التحقيق ، اعتبرت ورقة البيع العرفية هي والحكم بصحة التوقيع بمثابة عقد بيع مصدق فيه على الإمضاء ، فإذا سجل معاً انتقلت الملكية إلى المشتري (١) .

(١) مع ملاحظة أن يرفق المشتري هذين السدين بالمستندات والأوراق المثبتة لأصل ملكية البائع ، كما هو الأمر في تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد .

وقد جرى المتعاملون على رفع دعوى صحة التوقيع في عهد قانون التسجيل ، وكثيراً ما كانت تستعمل هذه الدعوى للاغتصاب ، فيتواطأ شخصان على كتابة ورقة عرفية يبيع فيها أحدهما للآخر حقاً مملوكاً للآخر ، ثم يرفع المشتري على البائع دعوى صحة التوقيع ، فيقر البائع بصحة تربيته أو ينيب ، فيحصل المشتري على حكم بصحة التوقيع يسجله مع عقد البيع العرفي . ومن أجل ذلك لم يذكر قانون النهر العقاري دعوى صحة التوقيع من بين الدعاوى التي تسجل معها ،

ولما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع هو مجرد ثبوت أن التوقيع المرفوع على ورقة البيع هو توقيع البائع، فإنه لا تجوز المناقشة في هذه الدعوى في أمر صحة التعاقد ونفاذه . هو الأمر في دعوى صحة التعاقد فيها قلنا . فلا يطلب من المشتري إلا إثبات صحة توقيع البائع على الورقة العرفية ، ولا يجوز للبائع بعد أن تثبت صحة توقيعه أن يطمئن في البيع بأنه باطل أو قابل للإبطال أو أنه قد انفسخ أو أن هناك محلاً لفسخه أو أنه غير نافذ لأي سبب من الأسباب (١) ، فكل هذه مسائل لا شأن لدعوى صحة التوقيع بها ، ومحل

ويقول الدكتور محمد شوقي في هذا الصدد : « وقد كانت الأسباب التي سبق أن سردناها دافعة إلى ألا يقر قانون الشهر العقاري دعوى صحة التوقيع ، فاستبعد هذه الدعوى من المحررات الواجب شهرها ، فاستبعد ذلك طم شهر الأحكام الصادرة فيها . وعلى ذلك فقد امتنت مكاتب الشهر من شهر أي حكم بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ ، حتى ولو كانت الدعوى قد أقيمت قبل ذلك التاريخ إذ كان من الميسور للدمى فيها تعديل طلبه إلى صحة التصانف الصادر إليه إن كان جاداً في دعواه » (الشهر العقاري علماً وعملاً ص ١٩٢) .

وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الشهر العقاري : « كما أن النص (م ١٥) قد استبعد من المحررات الواجب شهرها دعوى صحة التوقيع » . انظر أيضاً الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٩١ - ٢٩٢ .

ومهما يكن من أمر فإن دعوى صحة التوقيع كانت مألوفة في عهد قانون التسجيل كما قلنا . ولا يوجد في القواعد العامة ما يمنع من رفعها حتى الآن ، ولكنها إذا رفعت لم يجز تسجيل صحيفتها ، ويعارض مكتب الشهر في تسجيل الحكم الصادر فيها . ولكن إذا سجل هذا الحكم مع ورقة البيع العرفية ، كان هذا بمثابة تسجيل عقد البيع ، وانتقلت الملكية للمشتري . وقد قصت محكمة النقض بأنه لما كان الغرض من دعوى صحة التوقيع إنما هو الحصول على حكم يقوم مقام تصديق الموظف المختص على توقيع البائع أمامه على عقد البيع ، فإن هذه الدعوى لا يفيد تسجيلها شيئاً ، بل لا بد فيها من تسجيل الحكم بصحة توقيع البائع على البيع حتى ينتج التسجيل أثره في نقل الملكية وحتى يمكن الاحتجاج به من تاريخ التسجيل (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٤ ص ١٠٢٢ - وانظر أيضاً : نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٣٠٧) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن دعوى صحة التوقيع ودعوى صحة التعاقد حكمهما سواء من حيث أثر تسجيل الحكم الصادر في كل منهما ، وإذن فالمقد المحكوم بصحة التوقيع عليه يعتبر من تاريخ التسجيل بمثابة المقد المسجل (نقض مدني ١٧ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٤ ص ٧٢٣ - وانظر أيضاً استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٢٤٦ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٢٦ - ٢٣ مارس سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٧٠) .

(١) تارن محكمة استئناف لسيوط ١٤ مايو سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١٩٥ (حيث أجازت في دعوى صحة التوقيع أن يدفعها البائع بأن المشتري لم يدفع الثمن المستحق) .

بجها يكون في دعوى صحة التعاقد كما سبق القول . ذلك أن الحكم بصحة التوقيع لا يستفاد منه غير أن التوقيع الموضوع على ورقة البيع هو توقيع البائع ، فلا يفيد هذا الحكم أن البائع صحيح ذاك . ومن ثم كان تسجيل البيع مصحوباً بحكم صحة التوقيع غير مانع للبائع بعد ذلك من الطعن فيه بجميع الطعون المتقدمة الذكر في دعوى مستقلة يرفعها على المشتري (١) .

وتتقدم دعوى صحة التوقيع بخمس عشرة سنة من تاريخ توقيع الورقة ، شأنها في ذلك شأن سائر الدعاوى ، فيسقط حق المشتري في إثبات صحة توقيع . يؤيد ذلك ما ورد في المادة ٢٧٦ مرافعات من أنه « إذا قضت المحكمة بصحة الورقة أو بردها أو قضت بسقوط الحق في إثبات صحتها ، أخذت في نظر موضوع الدعوى في الحال أو حددت لنظره أو ب جلسة » .

وكما يجوز للمشتري رفع دعوى صحة التوقيع على البائع ، يجوز له أيضاً رفعها على وارث البائع إذا كان البائع قد مات . غير أنه إذا أنكر وارث البائع توقيع مورثه على ورقة البيع وانكر خط مورثه في الورقة كلها ، لم يعد المشتري يستطيع أن يقدم لإثبات صحة التوقيع من أوراق المضاهاة إلا خط البائع أو امضاءه أو ختمه أو بصمة أصبعه الموضوعة على أوراق رسمية . ذلك أن المادة ٢٦٩ مرافعات تنص على أنه « لا يقبل المضاهاة في حالة عدم اتفاق الخصوم إلا : (١) الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع الموضوعة على أوراق رسمية . (٢) الجزء الذي يعترف الخصم بصحته من الورقة المقتضى تحقيقها . (٣) خطه أو امضاؤه أو بصمة أصبعه الذي يكتفى أمام القاضي » . وبعد موت البائع لم يعد ممكناً استكتابها ، ولم يعد ممكناً صدور اعتراف منه بجزء من ورقة البيع وقد أنكرها الوارث كلها ، فلا يبقى للمضاهاة إلا الأوراق الرسمية الموضوع فيها خط البائع أو توقيعه إذا وجدت هذه الأوراق . ويجوز لو ارث المشتري أن يرفع دعوى صحة التوقيع على البائع أو على وارثه ، على الوجه الذي قدمناه .

(١) نفس مدني ٢٤ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٣٦ ص ٨٤٩ —
١٣ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض رقم ١١٠ ص ٦٤٠ .

وإذا كان المشتري قد اشترى من بائع لم يسجل عقده ، فالظاهر أن هذا الأمر يتعلق بصحة أصل ملكية البائع ، فلا يجوز للمشتري أن يكتفى برفع دعوى صحة التوقيع على البائع للبائع باسم البائع ، بل يجب أن يرفع عليه باسم البائع دعوى صحة التعاقد على الوجه الذي أسلفناه (١) .

وبخلاص مما قدمناه أن هناك فروقاً جوهرية بين دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع تنلخص فيما يأتي :

(١) المطلوب في دعوى صحة التعاقد هو إثبات صدور عقد البيع من البائع وأنه بيع صحيح نافذ وقت صدور الحكم ، أما المطلوب في دعوى صحة التوقيع فهو مجرد إثبات أن التوقيع الذي تحمله ورقة البيع المربى هو توقيع البائع .

(٢) ويترتب على ذلك أن البائع في دعوى صحة التعاقد يستطيع أن يطعن في البيع بالبطلان أو الإبطال أو الفسخ أو الانقضاء أو عدم النفاذ لأي سبب ، ولا يستطيع ذلك في دعوى صحة التوقيع .

(٣) ويترتب على ذلك أيضاً أن الحكم بصحة التعاقد يجعل البيع في مأمن من أن يطعن فيه فيما بعد بالطعون المتقدمة ذكرها ، أما الحكم بصحة التوقيع فلا يمنع من الطعن في البيع بجميع أوجه الطعون المتقدمة الذكر .

(٤) ويجوز للمشتري أن يرفع باسم البائع على البائع دعوى صحة التعاقد ، ولا يجوز أن يرفع دعوى صحة التوقيع .

(٥) وهناك أخيراً فرق هام يتعلق بتسجيل صحيفة الدعوى . فقد رأينا أن دعوى صحة التعاقد تسجل بصحيفة ، ومن وقت تسجيلها لا يستطيع البائع أن يصرحاً في العقار ، حتى إذا صدر الحكم بصحة التعاقد وأشربه المشتري على هامش تسجيل صحيفة الدعوى ، أصبح أي تصرف صادر من البائع من وقت تسجيل صحيفة الدعوى غير نافذ في حق المشتري . أما دعوى صحة التوقيع فليست من الدعاوى التي تسجل بصحيفة ، وإذا سجلت فلايس لتسجيلها أثر من ناحية عدم الاستجاء بتصرف صادر من البائع . والمبررة فيها بصدور

حكم بصحة التوقيع وتسجيل الورقة العرفية مع هذا الحكم ، ومن وقت هذا التسجيل فقط لا ينفذ في حق المشتري أى تصرف يصدر من البائع ويسجل بعد تسجيل المشتري لهذه مصححاً بالحكم (١) . فإذا تصرف البائع منتهز

(١) وقد قضت النفس في عهد قانون التسجيل بأن دعوى صحة التعاقد هي دعوى موسومة بنصب على حقيقة التعاقد ، فتناول محله ومداه ونفاذه . وأحكم الذى يصدر فيها يكون مقررأ لكافة ما انعقد عليه الرضاء بين المتعاقدين . غير حاجة معه إلى الرجوع إلى الورقة التى أثبتت فيها التعاقد أولاً . وهى مما هيئها هذه تعتبر دعوى استحقاق مآلاً ، وتدخل ضمن الدعاوى الواردة ذكرها في المادة السابقة من دسور التسجيل . أما دعوى صحة التوقيع فهى دعوى تخطيطية شرعت لتطمين من بيده سند عرفى على آخر إلى أن الموقع على هذا السند لن يستطيع . بعد صدور الحكم بصحة توقيعه . أن ينازع في صحته . وهى ، بالتعرض الذى شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها في قانون المرافعات ، يمنع على القاضى فيها أن يتعرض لتصرف المدون في الورقة من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه أو قوته وتقرير الحقوق المترتبة عليه . فالحكم الصادر فيها لا يصح إلا على التوقيع للموقع به على الورقة . ولئن كان يجوز تسجيل هذا الحكم على اعتبار أنه من الملحقات المكلة لعقد البيع بشرط أن يكون هذا العقد مسجولاً مسبقاً في المادة السادسة من قانون التسجيل ، وبشرط أن تراعى المحكمة عند الحكم بصحة التوقيع أحكام القانون رقم لسنة ١٩٢٨ ، إلا أن هذا التسجيل لا يندو أثره الأثر لتسجيل العقد العرفى المصدق من أحد الموظفين أو المأمورين العموميين طبقاً للمادة السادسة من قانون التسجيل غير الإحصاءات الواقع بها عليه . ولذلك فإنه ليس لصاحبه به وجه فصلية إلا من تاريخ تسجيله من غير أن يكون له أثر رجعى مبتدئ من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع . وإذ إن دعوى صحة التوقيع موسومة ماهيتها ، لا تدخل ضمن الدعاوى المشار إليها في المادة السابعة المذكورة ، وبالنسبة لتسجيل صحيفتها لا يترتب عليه ما يترتب على تسجيل عرائض تلك الدعاوى (انظر بند ١١ من المادة ١٩٢٩ مجموعة ممر ١ رقم ١٦٧ من ٥١٢) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع هى التى تعتبر من دعاوى الاستحقاق المنصوص في المادة السابعة من قانون التسجيل . على أن تسجيل صحيفتها يحفظ لرافعها حقوقه ، حتى إذا حكم له فيها بطلانها وتأثر بهذا الحكم وفقاً للقانون ، فإن الحكم يسحب أثره إلى يوم تسجيل صحيفة الدعوى ، ويكون هذا التسجيل مؤملاً على تسجيله لاحقاً له . أما دعوى صحة التوقيع فلا تدور أن تكون دعوى تخطيطية لتعرض فيها الخصمين من يكون بيده سند عرفى إلى أن صاحب التوقيع عليه . لا يستطيع بعد الحكم فيها بصدقه فوقيته أن ينازع في التوقيع . ومعى بهذا الغرض الذى شرعت له وبالإجراءات المرسومة لها يمنع على القاضى فيها أن يتعرض لتصرف المدون في السند من جهة صحته وعدم صحته ، فالحكم الصادر فيها لا يصح إلا على التوقيع فقط ، وبالنسبة لغيره لا تدخل ضمن الدعاوى الاستحقاقية المذكورة . وبالنسبة في تكييف الدعوى هل هى تدور في قانون الاستحقاق أم لا أم هو إجراء تخطيطي صحته من كونها الخارجية القائمة بين الخصمين أو هل هى تخطيطية تعرض للخصم من دعواه . فوفقاً لقانون الدعوى رقم ٥١٢

آخر بعد رفع دعوى صحة التوقيع ، بل بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى إذا أمكن ذلك (١) . يسجل المشتري الآخر سند قبل أن يسجل المشتري الأول عقد البيع له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، فإن المشتري الآخر هو الذى يفضل على المشتري الأول (٢) .

من أجل هذه المزية الأخيرة فى دعوى صحة التعاقد ، وهى إمكان الاحتجاج

= رفعها المشتري وسجل صحيفتها قد أثبت رافعها أن صلب صحيفتها جوهر النزاع القائم بينه وبين البائع ، وأن له حق طلب الحكم بصحة التعاقد والتوقيع ، وفى أثناء نظرها قام النزاع على المفاضلة بين تسجيل صحيفتها وتسجيل عقد المشتري الثانى ، وفصلت المحكمة فى الدعوى بأن فضلت بين مدين التسجيلين وانتهت بالحكم لمصلحة المدعى بما لا يتفق وما كان يرى إليه المشتري الثانى من تدخله فى الدعوى — إذا كان ذلك ، فإن جريان الحكم فى منظوقه بالفضاء بصحة التوقيع لا يتعارض مع اعتبار الدعوى دعوى صحة تعاقد ، فإن أسبابه فى الظروف والملازمات التى صدر فيها تدل على أن الفرض الحقيقى من الدعوى لم يكن صحة التوقيع بل صحة التعاقد . وما جرى به المنطوق على تلك الصورة لا يمكن أن يكون له تأثير فى هذه الحقيقة ، إذ المبرة هى بما رى إليه الخصوم فى دعواهم وبالطريق الذى سيروها فيه واتجه إليه قضاء المحكمة عند الفصل فيها (نقض مدني ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٨٣ ص ٤٨٩) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كانت دعوى صحة التوقيع — سواء كان سندها قانون المرافعات أو قانون التسجيل — لا تمنع أن تكون وسيلة لاعتبار التوقيع على العقد مصدقاً عليه تمهيداً لتسجيله ، فليس وتلك طبيعتها دعوى شخص . تندرج ضمن الدعاوى المدنية الإدارية التى تمت عليها إرادة السابقة من القانون المذكور ولا تأخذ حكمها . فالقول بوحدة الأساس القانوني لهذه الدعوى ودعوى صحة التعاقد التى تعتبر دعوى استحقاق مآلاً ، وإن صلح صبراً للتسوية بينهما فى جمل الحكم الصادر فيهما أداة صالحة لتسجيل العقد وما يترتب عليه من أثر أصيل ، لا يبرر التسوية بينهما فى أثر استثنائي منوط بطبيعة دعوى صحة التعاقد دون دعوى صحة التوقيع (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣١٢ ص ٦١٦) .

(١) كان هذا ممكناً فى عهد قانون التسجيل ، وإليه أشارت محكمة النقض فى الحكم الملخص فى الحاشية السابقة (نقض مدني ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٧ ص ٥١٢) ، إذ نقول المحكمة فى صدر تسجيل الحكم بصحة التوقيع أن ليس لهذا التسجيل « أثر رجعي » متى من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى صحة التوقيع .

(٢) لكن إذا سجل المشتري عقد البيع الصادر له مصحوباً بالحكم بصحة التوقيع ، ثم باع مثار إلى مشتر ثان سجل عقد شرائه قبل أن يسجل البائع صحيفة دعوى التصحیح التى رفعها المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى وقد سبق إلى التسجيل لا يحتج عليه بالحكم الصادر فى دعوى التصحیح ما دامت صحيفة هذه الدعوى قد سجلت بعد أن سجل المشتري الثانى عقده (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٧ ص ٣٠٧) .

بتسجيل صحيفة الدعوى فيها ، تضاف إليها أيضاً مزينة أن الحكم بصحة التعاقد
بصنى جميع أوجه النزاع فى شأن عقد البيع ويكون الحكم حجة قاطعة على أن البيع
صحيح نافذ ، غلبت دعوى صحة التعاقد فى التعامل على دعوى صحة التوقيع (١) ،
بالرغم مما فى هذه الدعوى الأخيرة من بسر فى الإثبات وتجنب للدفع التى
وأبناها فى دعوى صحة التعاقد . وبالرغم من أن الرسم المقرر على دعوى صحة
التوقيع (٢) أقل من الرسم السبى على دعوى صحة التعاقد .

٢٧٦ - البيع غير المسجل بئشى ، جميع الالتزامات الأخرى

فى جانب البائع وفى جانب المشتري : وإلى جانب الالتزام بنقل الملكية بئشى .
البيع غير المسجل جميع الالتزامات الأخرى فى جانب كل من البائع والمشتري .
فينشئ فى جانب البائع إما بتسليم المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق
وبضمان العيوب الخفية .

فيلتزم البائع ، بموجب البيع غير المسجل . بتسليم المبيع إلى المشتري .
ومجوز للمشتري أن يجبره على تسليم المبيع حتى قبل تسجيل عقد البيع . وإذا
سلم المشتري المبيع ، وهلك فى يده قبل تسجيل عقد البيع ، فإنه يهلك عليه مع أنه
غير مالك ، ولا يهلك على البائع بالرغم من أنه لا يزال مالكا (٣) . ذلك أن
نبة هلاك المبيع تدور مع التسليم إلى المشتري ولا تدور مع انتقال الملكية كما
منرى ، فإن المبيع يهلك على البائع قبل التسليم ولو كان البيع مسجلا فانتقلت
الملكية إلى المشتري ، ويهلك على المشتري بعد التسليم ولو كان البيع غير مسجل
فلم يصبح المشتري مالكا .

(١) وهذا فى عهد قانون التسجيل ، أما قانون الشهر العتارى فقد قدمنا أنه استبعد صحيفة
هذه الدعوى من بين المهررات الواجب شهرها ، وقد امتنعت مكاتب الشهر عن شهر أى حكم
بصحة التوقيع صدر بعد أول يناير سنة ١٩٤٧ (انظر آنفاً نفس هذه المقرة فى الحاشية) .

(٢) الرسم المقرر فى دعوى صحة التوقيع هو خمسة جنيهات فى القضايا الكلية وبجهاً
فى القضايا الجزئية .

(٣) الأستاذ عبد النعم البدر اوى مقرة ٢٢٧ من ٢٤١ .

وبضمن البائع للمشتري ، بموجب البيع غير المسجل ، التعرض الصادر منه والتعرض الصادر من الغير والاستحقاق . كما بضمن كل ذلك بالبيع المسجل (١) . فلا يجوز للبائع أن يبيع العقار مرة ثانية ، وإذا سجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، ضمن البائع للمشتري الأول التعرض الصادر منه واستحقاق المشتري الثاني للمقار . وإذا نفذ دائن البائع على العقار المبيع وسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ضمن البائع يستطيع أن يحتج بأن المشتري قد قصر في عدم تسجيل البيع قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . وذلك أن سبب التعرض آت من جهة البائع إذ دائنه هو الذي ينفذ على العقار (٢) .

وبضمن البائع للمشتري أخيراً ، بموجب البيع غير المسجل . العيوب الخفية في المبيع . وللمشتري أن يرجع بدعوى العيب الخفي على البائع ، حتى قبل أن يتسلم المبيع ، وحتى قبل أن يسجل عقد البيع ، على التفصيل الذي سنبيطه عند الكلام في ضمان العيوب الخفية .

وبنشيء البيع غير المسجل في جانب المشتري التزاماً بدفع الثمن والمصروفات

(١) نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٩ . ولكن البائع إذا امتنع عن تسليم المقار للمشتري ، وأظهر نيته في وضوح أنه يضع يده عليه بنية تملكه ، وسكت المشتري عن المطالبة بالتسليم ، فلا يعتبر تعرضاً من البائع مضموناً عليه أن يبقى حائزاً للمقار بنية تملكه بالتقادم الطويل . فإذا بقى البائع حائزاً للمقار بنية تملكه حرة عشرة سنة ملكه بالتقادم ، ولا يتعارض ذلك مع ضمان البائع للتعرض فانه يملك المقار بسبب آخر مشروع . وسنبين ذلك تفصيلاً عند الكلام في ضمان التعرض ، ونكتفي هنا بملاحظة أن هذا الحكم صحيح حتى لو بقى البائع واضعاً يده على العقار المبيع والبيع لم يسجل . ولا يعترض على ذلك بأن البائع إنما يكون حائزاً للملكة إذ البيع لم يسجل فلا يتصور أن يملكه بالتقادم ، ذلك أن المشتري إذا سجل البيع بعد ذلك اعتبر مملوكاً له - فيما نرى - منذ صدور البيع لا من وقت التسجيل ، فيكون البائع قد حاز عقاراً غير مملوك له منذ البداية .

(٢) ولكن يجوز للبائع بمقد غير مسجل أن يطلب تثبيت ملكيته في العقار المبيع ضد من ينازعه فيه هذا المشتري ، الذي يلتزم البائع بعدم التعرض له بموجب الضمان الذي يتولد من عقد البيع ولو لم يكن مسجلاً (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١٠٣ ص ٧٧٦)

والزاماً بتسلم المبيع . فيستطيع البائع ، ولو قبل تسجيل البيع ، أن يطالبه بتنفيذ
هكل هذه الالتزامات على النحو الذى سنبينه فى موضعه (١) .

٢٧٧ - البيع غير المسجل ترتب عليه آثاره بوصفه بيعاً : وإلى جانب
الالتزامات التى ينشأ عنها البيع فى جانب كل من البائع المشتري ، فإن البيع بوصفه
عقد بيع ترتب عليه آثار معينة ، من أهمها أنه يجوز الأخذ فيه بالشفعة ، وأنه
يكون سبباً صحيحاً فى التقادم الخمسى قبل التقنين المدنى الجديد ، وأن البيع صادر
من غير المالك يكون بيعاً قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري . وهذه الآثار جبرية ،
كما ترتب على البيع المسجل ، ترتب كذلك على البيع غير المسجل ، فإن التسجيل
لا يعتد به وجوداً أو عدماً فى ترتيب البيع لهذه الآثار .

فاليوم غير المسجل يؤخذ فيه بالشفعة . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له من
آخر ، ولم يسجل المشتري البيع ، فإن الشفعى يستطيع أن يأخذ العقار المبيع
بالشفعة ولو أن البيع لم يسجل . وتسرى مواعيد الشفعة دون اعتداد بالتسجيل .
فإذا صدر إنذار رسمى من البائع أو من المشتري إلى الشفعى (م ٩٤٠-٩٤١ مدنى) ،
وجب على الشفعى إذا أراد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فى الأخذ بها فى خلال
خمس عشرة يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى (م ٩٤٠ مدنى) ولو كان هذا البيع
لم يسجل . وكذلك يجب على الشفعى ، فى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان
الرغبة فى الأخذ بالشفعة ، ولو لم يسجل البيع ، إبداء كل الثمن الحقيقى الذى
حصل به بيع العقار المشفوع فيه خزانة المحكمة ورفع دعوى الشفعة وقبضها
بالجدول . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية فى دوائرها المجتمعة ، فى عهد
قانون التسجيل ، بأن هذا القانون لم يدرج بآدء القانونية العامة ولا شيئاً من
أحكام الشفعة ، فعليه فإن حق الشفعة الذى ينشأ من يوم العلم بالبيع (٢) لا يمكن
تعليقه على حصول تسجيل العقد أو القول بتولده من يوم التسجيل فقط ، لما
فى ذلك من الضرر على المشتري الذى يضرر مهدداً بالشفعة ، وإذن يسقط

(١) نص مدنى ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٣ ص ١٤٣ - ٢٠ روبر

سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٦ ص ١٠٤٠ .

(٢) من المبنى المدنى الجديد من يوم الإنذار الرسمى بالبيع .

حق النفع بسكوته مدة خمس عشر يوماً من يوم العلم بالبيع (١) ، لا من يوم التسجيل (٢) .

والبيع غير المسجل ، قبل التقين المدين الجديد ، يصلح سبباً صحيحاً في التقادم الخمس (٣) . فإذا اشترى شخص من غير المالك ، ولو كان حسن النية ، يعتقد وقت صدور البيع أنه اشترى من المالك ، وحاز العقار خمس سنوات ،

(١) من يوم الإنذار الرسمي بالبيع في التقين المدين الجديد .

(٢) استئناف مصر للنوائير المجلد ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ٢٢٧ ص ٢٢٩ -
المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٢١ ص ٤٦ - وانظر أيضاً : نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٤٥
مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٩ ص ٥٦٨ - ١٨ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٨
ص ٥٠٨ - ١٨ فبراير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٨٢ ص ٥٣٠ - ٤ مارس
سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٣ ص ٥٨٣ - استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٩٢٩ .
م ٤١ ص ١٩٦ .

وغنى عن البيان أنه إذا وجد نص يحمل الميعاد يسرى من وقت التسجيل ، كما في سقوط الحق في الأخذ بالشفعة بأربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع (م ٩٤٨ مدني) ، فإن النص يكون واجب التطبيق في الحالة التي ورد فيها بالذات .

ويؤكد أن البيع غير المسجل يكون يماً هذا الوصف في الشفعة ، أن الشفع إذا لم يسجل الرغبة في الأخذ بالشفعة قبل أن يبيع المشتري العقار لمشتري ثان ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها ، حتى لو لم يسجل أي من المشتري الأول أو المشتري الثاني عقده . فالمعبرة من الشفعة بالبيع ، ولا ضرورة لتسجيله ، فهذا بيع أول غير مسجل لم يأخذ فيه الشفع بالشفعة ، ثم تلاه بيع ثان غير مسجل أيضاً هو الذي يأخذ فيه الشفع بالشفعة . وليس للشفع أن يمتنع بعدم تسجيل البيع الأول وبأن حقه في الأخذ بالشفعة لا يزال باقياً في هذا البيع ما دام لم يسجل ، فإن هذا البيع الأول قد نسخ البيع الثاني ولو لم يسجل اليومان (انظر المادة ٩٣٨ مدني وتنول : إذا اشترى شخص مينا تجوز الشفعة فيها ، ثم باعها قبل أن تنسأ به رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل أن يسجل هذه الرغبة طبقاً للمادة ٩٤٢ ، فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها .

هذا وإذا كان غير ضروري أن يسجل بيع العقار المشفوع فيه للأخذ بالشفعة ، فن الضروري تسجيل بيع العقار المشفوع به ، فإن الشفع لابد أن يكون مالكا للعقار المشفوع به حتى يستطيع الأخذ بالشفعة ، وهو لا يملك هذا العقار إذا كان قد اشتراه إلا بتسجيل عقد شرائه . وسنرى فيما بعد — انظر فقرة ٢٨٤ — أن الشفع إذا كان يشفع بمقار ولم يكن قد سجل منه قبل الأخذ بالشفعة ثم سجله بعد ذلك ، فإن الأثر الرجعي للتسجيل يحمل الأخذ بالشفعة صحيحاً . ولكن القضاء والفقه لا يأخذان بالأثر الرجعي للتسجيل حل ما سنبينه ، ومن ثم فالأخذ بالشفعة عندهما لا يجوز في هذه الحالة (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٤٠) .

(٣) قارن استئناف مختلط ٨ يونيو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣٧٢ .

فانه يملكه بالتقادم الحمسى ولو لم يكن البيع مسجلاً . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه لا يشترط تسجيل السبب الصحيح لإمكان احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقي لإفادة التملك بالتقادم الحمسى ، أما اشتراط ثبوت تاريخ السبب الصحيح للاحتجاج به في تحديد مبدأ وضع اليد فلا نزاع فيه قانوناً (١) ولكن هذا الحكم الذى يستخلص من القواعد العامة قد عدله التقنين المدنى الجديد بنص خاص ورد في تحديد السبب الصحيح فى التقادم الحمسى ، إذا نصت الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ مدنى على ما يأتى : « والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحباً بحق الذى يراد كسبه بالتقادم ، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون (٢) .

(١) نقض مدنى ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٧ ص ٢٩٢ . ونقول بمحكمة النقض فى هذا الحكم : « قبل قانون التسجيل يكاد يكون من المجمع عليه فقها وقضاء أنه لا يجب تسجيل السبب الصحيح لجواز احتجاج واضع اليد به على المالك الحقيقي ، اعتباراً بأن المالك الحقيقي لا يمكن اعتباره غيراً بالمعنى المفهوم لهذا النص فى باب تسجيل العقود الناقلة للملكية . ولم يأت قانون التسجيل بما يخالف هذا المبدأ ، لأن البيع لا يزال معتبراً فيه أنه من العقود الرضائية التى تتم بالإيجاب والتبطل وأن تسجيلها لا يزال غير معتبر أنه ركن ضرورى فى وجودها القانونى ، ولأن قانون التسجيل هو قانون خاص بأحكام انتقال الملكية المتعارية بالعقود ، ولذلك لم يلمح من أحكام القانون المدنى إلا ما كان من مواده خاصاً بذلك . ومن جهة أخرى فلا يمكن اعتبار المالك الحقيقي عاقداً لواقع اليد ولا غيراً من لهم حقوق عينية على المنار الموضوع اليد عليه ، فلا هو تلقى من البائع حقاً عينياً على العقار كان لا يتلفاه عنه إذا علم بالسبب الصحيح فيه ، ولا هو فى حاجة إلى العلم بالسبب الصحيح الصادر من غيره عن طريق التسجيل ، لأن انزعاع العين منه ووضع اليد عليها واستمراره على ذلك خمس سنوات أبلغ فى الإغثار إليه من العلم بالتصرف من طريق الكشف من دفاتر التسجيل » . انظر عكس ذلك : ستناف ممر ١١ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٧ رقم ٥٣ ص ١٠٣ - استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩٣٤ م ٤٧ ص ٣٥ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ - ١٦ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٥٥ - ١٤ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٢ ص ١٥٠ - وانظر عكس ذلك أيضاً الأستاذ عبد المسم بيدرأوى بقرة ٢٤٢ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٧ .

(٢) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لتقنين المدنى الجديد أن المشروع أثر هذا الحل حتى يمكن لتسجيل تمهيداً لإدخال السجل العقارى (مجموعة الأعمال التمهيدية ح ٢ ص ٤٩٨) . فيجب إذن اعتبار هذا الحكم حكماً استثنائياً ثبت باسئس على خلاف القواعد العامة للوفاء بغيره معين (انظر عكس ذلك الأستاذ عبد المسم بيدرأوى بقرة ٢٤٢ ص ٣٧٧) .

والبيع غير المسجل لا يؤثر هدم تسجيله في قابلية بيع ملك الغير للإبطال . فقد
قدمنا - الكلام في بيع ملك الغير أن هذا البيع قابل للإبطال لمصلحة المشتري ،
قبل أن يسجل وبعد التسجيل . مع قبل أن يسجل هو بيع بهذا الوصف ،
فإذا صدر من غير مالك كان بيع ملك الغير ، وأحد حكم هذا البيع وهو القابلية
للإبطال . وقد نصت الفقرة الأولى من المار ٤٦٦ مدني ، كما رأينا ، على هذا
الحكم صراحة إذ تقول : « إذا باع شخص شيئاً مبيعاً بالذات وهو لا يملكه ،
جاء للمشتري أن يطلب إبطال البيع . ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع
على عقار ، سجل العقار أو لم يسجل » (١) .

ب - حكم البيع بعد أن يسجل

٢٧٨ - البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يرتبها البيع غير المسجل :
وغنى عن البيان أن جميع الآثار التي يرتبها البيع قبل أن يسجل ، وهي الآثار

(١) وقد نصت المادة ٣٣٦ من تقنين العقوبات على عقوبة النصب لكل من ترصد إلى
الاستيلاء على نفوذ الخ . . إما باستعمال طرق احتيالية وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول
ليس ملكاً له ولا له حق التصرف فيه . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً له وسجل البيع ، ثم باعه
مرة أخرى ، اعتبر مرتكباً للجريمة النصب ولو أن البيع الثاني لم يسجل ، لأن البيع غير المسجل
يعتبر مع ذلك تصرفاً ، فيكون البائع قد تصرف بالبائع الثاني غير المسجل في عقار خرج عن
ملكه بتسجيل البيع الأول . أما إذا كان البيع الأول لم يسجل قبل صدور البيع الثاني ، فإن
البائع يكون قد تصرف في عقار مملوك له ، إذ وقت صدور البيع الثاني لم يكن البيع الأول
قد سجل فلم يخرج البائع عن ملكية العقار . ولكن إذا أوهم البائع المشتري الثاني بطرق احتيالية
أنه لم يتصرف في العقار ، ثم سجل المشتري الأول قبل أن يسجل المشتري الثاني ، كان هذا
نصباً بطرق احتيالية وكان المبنى عليه هو المشتري الثاني (أنظر في كل ذلك نقض جنائي
١٦ أبريل سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ٢٢٥ ص ٢٦٧ - ٥ فبراير سنة ١٩٣٢
مجموعة عمر الجنائية ١ رقم ١٧٤ ص ٢٢٥ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر الجنائية ٣
رقم ١٦٠ ص ٢٠٩) .

وقبل قانون التسجيل كان البائع إذا تصرف في العقار مرة ثانية ، حتى لو لم يسجل المشتري
لأول عقده ، اعتبر متصرفاً به لا يملك ، وكان هذا نسباً المبنى عليه هو المشتري الثاني
(نقض جنائي ١٥ مارس سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ٢٧ ص ٤٤) . أنظر أيضاً
المستأذ عبد المنعم البهراوي فقرة ٢٤٣ - فقرة ٢٤٤ .

التي تقصينا أهمها فيما قدمناه ، نبقى قائمة بعد أن يسجل البيع .

فيبقى البيع بعد تسجيله ، كما كان قبل تسجيله ، منتهكاً للالتزامات في جانب المشتري هي دفع الثمن والادروقات ونسلم المبيع . ويستطيع المشتري بعد تسجيل البيع ، كما كان ، يستطيع قبل تسجيل البيع ، أن يطالب البائع بتنفيذ هذه الالتزامات ، كما يستطيع البائع أن يدعي المشتري بتنفيذ التزاماته .

ويؤخذ في البيع المسجل بطبيعة الحال بالشفعة ، وبصلح البيع المسجل سبباً صحيحاً في التقادم الخمسي ، بل أصبح البيع المسجل وحده بعد التقنين المدني الجديد هو الذي يصلح أن يكون سبباً صحيحاً دون البيع غير المسجل فيما قدمناه . وبيع ملك الغير يبقى قابلاً للإبطال قبل التسجيل وبعده كما سبق القول .

٢٧٩ - وزير البيع المسجل بأنه ينقل الملكية فمعرفيها بين المتعاقدين

وبالنسبة إلى الغير : ويزيد البيع المسجل في آثاره على البيع غير المسجل في أنه ينقل ملكية العقار فعلاً من البائع إلى المشتري بمجرد التسجيل (١) ، متى كان العقار ، قس البيع مماوفاً للبائع ، إذ أن بيع ملك الغير لا ينقل الملكية إلى المشتري ولو سجل .

وتنتقل الملكية بالبيع المسجل فيما بين المتعاقدين (٢) وبالنسبة إلى الغير (٣) ،

(١) فإذا صححت حدود العقار المبيع ، وجب تسجيل عقد التصحيح ، ولا تترتب آثاره القانونية إلا وقت تسجيله فلا ينسحب إلى وقت تسجيل العقد الأول الذي لم يصح فيه الحدود . وقد قضت محكمة النقض بأن العائد على تصحيح حدود العقار المبيع ورقه هو تعديل للمبيع في جوهره ، حكمه حكم العقد الأصلي نفسه من حيث إنه يجب أن يسجل لتترتب عليه آثاره القانونية ، فالحكم الذي يسحب تسجيل عند البيع على عقد التصحيح المحرر بعده ويعمل أساساً الأسبقية في التسجيل تاريخ تسجيل ذلك العقد يكون خطأً في تطبيق القانون (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٥٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٨١ من ١١٢)

(٢) وكذلك الخلف العام والدائن إذا لم يسجل تنبيه بزع الملكية قبل تسجيل المشتري لبيع (نقض مدني ١٠ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٤ من ٩٢٦) .

(٣) وقد لا تظهر لأول وهلة أهمية عميقة من تحديد الغير ، مادام لا يوجد خلل للتمييز بين المتعاقدين والغير إذ الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل في جميع الأحوال ، وهذا على خلاف عهد التمييز المدني السابق حيث كانت الملكية تنتقل دون تسجيل فيما بين المتعاقدين وبالتسجيل .

ويحدد الغير على النحو الذى كان يحدد به فى التقنين المدنى السابق فيما قدمناه
ويترتب على انتقالها فيما بين المتعاقدين أن تحدث جميع الآثار التى تترتب
على نقل الملكية ، وأهمها ثلاث : (١) يكون للمشتري حق التصرف فى العقار
المبيع باعتباره مالكاً له ، ولو قبل أن يتسلمه من البائع . (٢) يكون للمشتري
ثمر المبيع ونماؤه ، وعليه تكاليفه من نفقات حفظ وصيانة وضرائب وغير ذلك
من الأعباء . وقد رأينا أن هذا الأثر يترتب من وقت البيع ، ولو قبل
التسجيل (١) . (٣) إذا أفلس البائع بعد قبض الثمن وقبل تسليم المبيع ، جاز
للمشتري أن يأخذ عين العقار المبيع من تغطية المشتري باعتباره قد أصبح مالكا
له ، دون أن يزاحمه فيه دائنو البائع . أما تحمل تبعه هلاك المبيع فقد قدمنا أنها
تنتقل مع تسليم المبيع إلى المشتري ، لأمع انتقال الملكية إليه (٢) .

ويترتب على انتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ومن وقت هذا التسجيل
أنه إذا باع البائع العقار مرتين لمشتريين مختلفين ، فأيهما سبق إلى التسجيل كان هو
المفضل لأنه إذا سبق إلى تسجيل عقده انتقلت الملكية إليه لا فيما بينه وبين
البائع فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى الغير وهو المشتري الآخر الذى تأخر عنه
فى التسجيل . وينبنى على ذلك أنه إذا باع المالك عقاره لمشتريين ، وباع
المشتري العقار لمشتري ثان وتمكن هذا من تسجيل عقده (٣) ، فإن الملكية
لا تنتقل من المشتري الأول إلى المشتري الثانى ، لأن المشتري الأول نفسه لم تنتقل
إليه الملكية من البائع ما دام لم يسجل عقده . فإذا باع البائع العقار لمشتري آخر ،

== بالنسبة إلى الغير . ولكن الأهمية العملية لتمييز ، عهد قانون التسجيل وقانون الشهر ، تعود
إلى الظهور لو قلنا إن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يستند بأثر رجعى إلى وقت البيع ،
أما بالنسبة إلى الغير فلا تنتقل الملكية إلا وقت التسجيل . ونعود فيما يلى إلى هذه المسألة

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٩

(٢) أنظر فى كل ذلك آنفاً فقرة ٢٣٩ .

(٣) نفرض جدلاً أن المشتري الثانى يتمكن من تسجيل عقده ، لأنه فى الواقع لا يستطيع .
إذ هو مكلف حتى يستطيع تسجيل عقده أن يقدم سند ملكية البائع له (أى المشتري الأول)
وسجلاً ، وقد قدمنا أن المشتري الأول لم يسجل عقد شرائه . وفى هذا الصدد تنص المادة ٢٣
من قانون الشهر على أنه « لا يتبيل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني
مقتضى الأحكام المادة السابقة إلا : (١) المحررات التى سبق شهرها ... »

وسجل هذا المشتري الآخر عقده ، فان الملكية تنتقل من البائع ، وقد ظا مالكا للعقار لعدم تسجيل البيع الصادر منه للمشتري الأول ، إلى المشتري الآخر ، فيفضل هذا المشتري الآخر على المشتري الثاني الذي سجل عقده أولا . وكان الحق في عهد التقنين المدني السابق يختلف ، فكانت المادة ٧٤٦/٦١٩ من هذا التقنين تنص ، كما رأينا ، على أنه « في حالة تعدد عقود انتقال الملكية بين عدة ملاك متوالين يكتفى بتسجيل العقد الأخير منها » . فكان المشتري الثاني الذي سجل أولا تنتقل إليه الملكية إذ يكتفى بتسجيل عقده ، ومن ثم كان يفضل على المشتري الآخر الذي سجل عقده بعد تسجيل عقد المشتري الثاني (١) .

بقى بعد ذلك أن نبحث : أولا - في انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، متى تنتقل الملكية ، أنتقالا من وقت التسجيل أم تنتقل بأثر رجعي من وقت البيع ؟ ثانيا - في انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، هل يشترط حسن النية في المشتري الذي سجل عقده قبل المشتري الآخر ؟

٢٨٠ - أولا - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل للتسجيل

أثر رجعي : رأينا أن ملكية العقار المبيع فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بتسجيل البيع ، فاذا ما انتقلت بالتسجيل فهل هي من وقت التسجيل ، أو يستند انتقالها بأثر رجعي إلى وقت البيع فيعتبر المشتري بعد تسجيل العقد مالكا فيما بينه وبين البائع من وقت البيع ؟

الرأي الذي استقر عليه الفقه والقضاء هو أنها تنتقل من وقت التسجيل ، فليس لا انتقالا أثر رجعي يستند إلى وقت البيع ، وهذا هو الرأي الذي يذريه ظاهر النصوص . غير أن هذا الرأي يعارضه رأي آخر يذهب إلى أن لانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثرا رجعيا يستند إلى وقت البيع .

فنستعرض الرأي الذي استقر عليه الفقه والقضاء ، ثم نستعرض الرأي الذي يعارضه .

(١) الأستاذان أحمد نجيب اهلل وحسن بك فترة ٢٧٥ من ٢٧٦ - الأستاذ أنور سلطان فترة ١٨٥ - الأستاذ عبد المصم البدراني فترة ٢٢٣ - الأستاذ منصور مدلل منصور ص ١٢٨ مائش ١ .

٣٨١ - الرأي الذى استقر عليه الفقه والقضاء - لمصلحة التسجيل

أثروا به : يستند هذا الرأي ، وقد أخذت به الكثرة الغالبة من الفقهاء فى مصر (١) ، إلى نصوص القانون وإلى الغرض الذى توخاه المشرع من نظام التسجيل الجديد وإلى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض ، فيستخلص من كل ذلك الحجج الآتية :

أولاً - نصوص القانون جاءت مطلقة ، فهي تقرر فى وضوح أن عقد البيع يجب شهره بطريق التسجيل ، وأنه يترتب على عدم التسجيل أن الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى غيرهم . فهذا قانون التسجيل تنص المادة الأولى منه على أن « جميع العتود الصادرة بين الأحياء . . . والى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عتارى آخر أو نقله . . . يجب إظهارها بواسطة تسجيلها . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . . . لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » . وهذا قانون تنظيم الشهر العتارى تنص المادة التاسعة منه أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العتارية الأصلية أو نقاء . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل . لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » . فالنصوص إذن صريحة فى جعل المتعاقدين والغير فى مركز واحد بالنسبة إلى انتقال الملكية . ولما كان الشك لا يتطرق فى أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل من وقت هذا التسجيل ، كذلك يجب ألا يتطرق الشك فى أن الملكية فيما بين المتعاقدين لا تنتقل إلا بالتسجيل ومن وقت التسجيل . ولم يمتثل المشرع فى أى نص من نصوص قانون التسجيل ولا فى أى نص من نصوص قانون تنظيم الشهر العتارى إنه يفرق بين المتعاقدين والغير فى وقت انتقال الملكية . وأنه يجعل انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين أثراً رجعياً ، فلا تجوز مخالفة نصوص

(١) الأستاذان أحمد نجيب الحلال وسامد زكى نفرة ٢٧٠ - نفرة ٢٧٢ - الأستاذ أنور سلطان نفرة ١٠٨٩ - الأستاذ محمد على إمام نفرة ١٩٨ - الأستاذ عبد النجاش عبد اللطى نفرة ٩٩ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى نفرة ٢٠٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور نفرة ٧٦ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ٨٩ - ص ٩٠ .

التشريع الواضحة في هذا الصدد . ولما أراد المشرع ، في أحد المواضع ، أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً ، صرح بذلك في غير لبس . فنص قانون التسجيل ، في خصوص تسجيل الدعاوى ، في المادة الثانية عشرة منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة السابعة أو التأشير بها أن حق المدعى ، إذا تقرر بحكم مؤثر سبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق وأصحاب الديون العقارية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » . ونص قانون تنظيم الشهر العقاري في هذا الصدد أيضاً ؛ في المادة السابعة عشرة منه ، على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر طبق القانون ، يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق هيبة ابتداء من تاريخ تسجيل الدعوى أو التأشير بها » . فلو أراد المشرع أن يجعل للتسجيل أثراً رجعياً بما يتعلق بانتقال الملكية بين المتعاقدين ، لما سكنت عن ذلك ، ولنص عليه في الصراحة التي نص بها على الأثر الرجعي في خصوص الدعاوى .

ثانياً - ومما يقطع في أن نية المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري قد انصرفت إلى جعل أثر التسجيل واحداً فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير ، فيستوى الجميع في كيفية انتقال الملكية وفي وقت انتقالها ، ما جاء في المذكرة الإيضاحية لكل من التشريعين . فقد ورد في المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل ما يأتي : « فيتعين مراعاة للمصلحة العامة ضمان شهر التصرفات العقارية بتقرير جزاء قانوني يكون أشد صرامة من مجرد عدم إمكان التمسك بهذه التصرفات في وجه غير المتعاقدين . فيتحم إذن جعل التسجيل شرطاً أساسياً لانتقال الملكية والحقوق العينية بالنسبة للمتعاقدين ولغير المتعاقدين على السواء » (١) وورد في المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقاري : « أما الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (التاسعة) فهما مطابقتان للفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من القانون الحالي (قانون التسجيل) . ولم ير إجراء أي تعديل في نصوصهما ، اكتفاء بما استقرت عليه أحكام محكمة

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل فقرة ٤ .

التقص والإبرام تفسيراً لهذه النصوص . وهذه الأحكام تقضى بأن الحقوق العينية المشار إليها في هذه المادة لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا . تسجيل ومن تاريخ هذا التسجيل ، دون أن يكون لهذا التسجيل أثر رجعي . يجب إلى تاريخ التصرف نفسه . كما أنها تقضى بأنه بمجرد انعقاد التصرف ارجب شهره يكون لمن عقد التصرف لمصلحة جميع الحقوق التي من شأن هذا التصرف أن يرتبها له ، عدا انتقال الحق العيني فيتراخى هذا الانتقال حتى حصول التسجيل (١) .

ثالثاً - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين يتعارض مع الفرض الأساسي الذي توخاه المشرع بالتعديل الجوهرى الذى أدخله على نظام الشهر كما كان مقرراً في التقنين المدنى السابق . فقد قصد المشرع في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقارى أن يكون انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين كانتقالها بالنسبة إلى الغير بالتسجيل ، توطيداً لدعائم الملكية العقارية بجعل انتقالها حتى فيما بين المتعاقدين خاضعاً للشهر والعلانية ، فقبل ذلك لا تنتقل الملكية . وفي هذا استقرار لنظام انتقال هذه الملكية ، ودافع يحفز المتعاقدين إلى المبادرة بتسجيل عقودهم مادامت هذه العقود لا تنقل الملكية أصلاً حتى فيما بينهم قبل أن تسجل ، ولا تنتقل الملكية إلا من وقت التسجيل ، وذلك كله تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى في مصر . ولوقلنا إن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين بالتسجيل ولكن من وقت العقد ، لاتسعت أمام المشتري أسباب التراخى في تسجيل عقده ، ما دام موقناً أنه مهما أبطأ في هذا التسجيل فإن الملكية تنتقل إليه من وقت العقد بمجرد تسجيله ، فيستوى عنده إذن أن يسرع في التسجيل أو أن يبطئ ما دامت النتيجة واحدة في الحالتين .

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى فقرة ١٧ - ونسمر المذكرة الإيضاحية في نفس الفقرة فتقول : « فحق عقد البيع مثلاً لمشتري العقار الحق في تسلمه وفي الحصول على ريعه وثمراته طبقاً لأحكام هذا العقد قبل التسجيل . وكذلك لهذا المشتري الحق في مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية تنفيذاً حقيقياً ، فإذا امتنع أو تأخر جاز للمشتري أن يحصل في مواجهته على حكم بإثبات عقد البيع ، فيقوم هذا الحكم مقام العقد المصدق على التوقيع فيه ويكون قابلاً للتسجيل » .

رابعاً - إن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المدينين يعود بنا إلى جعل الملكية تنتقل في تاريخين مختلفين ، من وقت العقد فيما بين المتعاقدين ومن وقت التسجيل بالنسبة إلى الغير . وفي هذا شذوذ أراد المشرع في كل من قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقاري تجنبه ، بالقضاء على التمييز بين المتعاقدين والغير وما يترتب على ذلك من وجوب تحديد من هو الغير تحديداً لا يخلو من الإشكال والتعقيد .

خامساً - قد استقر قضاء محكمة النقض على أن ليس للتسجيل أثر رجعي في نقل الملكية فيما بين المتعاقدين ، فلا تنتقل الملكية فيما بينهما إلا من وقت التسجيل لا قبل ذلك

فقد قضت محكمة النقض بأن الشارع إنما قصد في قانون التسجيل تأخير نقل الملكية إلى أن يتم تسجيل العقد . فليس التسجيل مذبة شرط توقيني ينسحب بتحقيقه أثر العقد إلى يوم تربيخه ، ولذلك لا يعتبر المشتري مالكاً إلا من يوم تسجيل عقد شرائه . فإذا حصل دائن على اختصاصه بعقار اشتراه مدينه بعقد ثابت التاريخ ولكنه لم يسجل ، فليس له أن يحتج بهذا الاختصاص على من اشترى العقار بعد ذلك من المدين وسجل عقده ، إذ أن الاختصاص يكون في هذه الحالة قد أوقع والعقار غير مملوك للمدين . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وبما أن نقول به الطاعة من أن تسجيل عقد البيع هو بمثابة شرط توقيني لانتقال الملكية إذا ما تحقق انسحب أثره إلى الماضي هو قول خاطيء ، فإن حقيقة ما رمى إليه الشارع من قانون التسجيل هو تأخير نقل الملكية ريثما يتم تسجيل عقد التصرف ، من غير أن يجعل ذلك التسجيل بمثابة شرط توقيني لو وقع يكون له أثر رجعي يجعل التصرف ناقلاً للملكية من يوم تاريخه المرفى أو الثابت على صورة الالتزامات التوقيفية المنصوص عنها في المواد ١٠٥ وما يليها من القانون المدني (القديم) . لم يرم الشارع إلى غير ذلك ، وإلا لكان ذهب بمحكمة تشريع قانون التسجيل من وجوب حماية الغير من المقود والالتزامات التي لم تشهر بواسطة التسجيل . ولعل من أحد الأمثلة التي تكشف بها هذه المحكمة ما هو مسلم به طراً من أن عقد الرهن العقاري الذي يمسّه المشتري لعين قبل تسجيل عقد شرائه لإياها هو عقد باطل ، لأنه لم يصادف

عينا في ملك الراهن . وحق الاختصاص هو مثل الرهن العقاري ، ويجب أن ينصب على ماهر في ملك المدين ملكاً واقعياً عن مقتضى أحكام قانون التسجيل (١) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن استناد أثر الشرط إلى المصى على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا ، لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . وعلى هذا لا محل لتطبيق المادة ١٠٥ المذكورة في غير باب التعهدات والعمود ، وبصفة خاصة لا محل لتطبيقها على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية ، لأن النوع من الشرط باق على أصله فلا انسحاب لأثره على الماضي . على أن نقول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منازاة لمقصود الشارع في وضع قانون التسجيل . فالحكم الذي يقضى برفض دعوى الشفعة ، بناء على أن الشفع لم يكن مالكا للعين المشفوع بها يوم اشتراها بل من تاريخ تسجيل عند الشراء ، لا يكون مخالفاً للقانون في نفيه الأثر الرجعي للتسجيل . وقد جاء في أسباب هذا الحكم ما يأتي : « وحيث أن استناد أثر الشرط إلى الماضي ، على النحو المستفاد من نص المادة ١٠٥ من القانون المدني (القديم) إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون هو الذي قرر الشرط وعلق عليه حكماً من الأحكام ، فإن الحكم المشروط لا يوجد ولا يثبت إلا عند تحقق شرطه ، أما قبله فلا . ذلك لأن الأصل أن الأثر لا يسبق المؤثر . غير أن الشارع قد لاحظ أن العاقدين إذا بعلقان اتفاقهما على شرط - أي على أمر مستقبل قد يوجد وقد لا يوجد - يكونان جاهلين مآل الشرط فلا يعرفان هل يتحقق أو يتخلف ، فقدر أنها لو كان على علم بهذا المآل لأقاما عليه اتفاقهما منذ البداية . وعلى هذا التقدير أو الفرض القانوني قامت نظرية الأثر الرجعي للشرط ، ولا مبرر لها

في الشرائع التي أخذت بها إلا أنها تعبر عن إرادة العاقدين . فقصر تطبيقها من أجل ذلك على دائرة الاتفاق . وقد التزم القانون نفسه هذه الدائرة ، فأورد نص المادة ١٠٥ التي قررت الأثر الرجعي للشرط في باب العهديات والعقود ، وعلى ذلك فلا محل لتطبيق هذا النص في غير هذا الباب . وبصفة خاصة لا محل لتطبيقه على ما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع — كشرط التسجيل لنقل الملكية — لأن هذا النوع من الشروط باق على الأصل ، فلا انسحاب لأثره على الماضي . وحيث أنه فضلاً عما تقدم فإن القول بالأثر الرجعي للتسجيل فيه منافاة لمقصود الشارع من وضع قانون التسجيل . ذلك لأن هذا القول يثير من جديد التمييز بين الغير وبين العاقدين ، والقضاء على هذا التمييز بالذات كان بعض ما أريد بوضع هذا القانون . ثم إن هذا القول أيضاً من شأنه أن يضعف جزاء عدم التسجيل ، في حين أن واضع القانون المذكور إنما أراد أن يكون هذا الجزاء صارماً رادعاً ليحمل المبادر إلى التسجيل قصد تمهيد الطريق لنظام السجلات العقارية المرجح لإنشاؤه في المستقبل (١) .

(١) نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ١١٢ ص ٢٥٥ .
وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن التسجيل إنما يترتب أثره من تاريخ حصوله ، ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه . فاستناد الحكم إلى أن عقد البيع غير المسجل يعتبر معدوماً على شرط التسجيل بالنسبة إلى نقل الملكية ، حتى إذا ما تحقق الشرط ارتد أثره إلى تاريخ التسجيل — ذلك غير صحيح ، لأن ارتداد أثر الشرط إلى الماضي إنما يصح حيث يكون التعليق على الشرط ناشئاً عن إرادة المتعاقدين . أما حيث يكون القانون قد أوجب إجراء معيناً ورتب عليه أثراً قانونياً ، فهذا الأثر لا يتحقق إلا بتمام الإجراء ولا ينسحب إلى الماضي . فإذا قضى الحكم بالشفعة بين رجلين على مجاورة أرض الشفع للأرض المشفوع فيها من حدين (القبلي والشرقي مثلاً) ، بمقولة أن تسجيل الشفع عقد شرائه الأرض الواقعة في الحد الشرقي يرتد أثره إلى تاريخ العقد ، فإنه يكون قد أخطأ (نقض مدني ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٥ ص ١١٨) .
وقضت محكمة النقض كذلك بأن أثر التسجيل في نقل الملكية لا يترتب إلا على تسجيل العقد أو الحكم الذي من شأنه إنشاء حق الملكية أو أي حق عيني آخر ، وأن هذا الأثر لا ينسحب إلى الماضي . ولا يحتاج على ذلك بالمواد ٧ و ١٠ و ١٢ من قانون التسجيل ، لأنها إذا أجازت تسجيل صحائف الدعوى ورتبت على التأشير بمنطوق الحكم ، منسحب أثر التأشير إلى تاريخ تسجيل الصحيفة ، إنما أجازته على سبيل الاستثناء لحماية لأصحاب تلك الدعاوى قبل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار . وهو استثناء لا يصح التوسع فيه أو القياس عليه . وإذا كان فإذا كان الحكم ، وهو في صدد المناضلة بين أي المالكين أرض الشفع أو أرض المشتري تعود =

٢٨٢ - الرأي المعارض - للتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين

- ملاحظات صبرية : ونحن نؤثر الرأي المعارض ، ونذهب إلى القول بأن الأثر الرجعي للتسجيل فيما بين المتعاقدين هو الذي يتفق مع طبيعة البيع وطبيعة نظام التسجيل ومقتضيات الصناعة القانونية . . .

ونتقدم قبل إيراد الحجج التي نستند إليها بالملاحظات الآتية لجلاء الموقف :

الملاحظة الأولى - لا شك في أن الملكية بالنسبة إلى الغير لا تنتقل إلا من وقت التسجيل ، وذلك يرجع إلى طبيعة الآ- حيل والمهمة التي يقوم بها . فهذه المهمة هي إعلام الناس بوقوع تصرف قانوني ، فبدیهى ألا يسرى هذا التصرف في حق الناس ممن يعنهم الأمر - وهؤلاء هم الغير - إلا من وقت التمكن من العلم بالتصرف عن طريق التسجيل ، أى من وقت التسجيل (٢) .

والملاحظة الثانية - إن الاستناد إلى القول بأن التسجيل شرط واقف في نقل ملكية فيما بين المتعاقدين لتبرير الأثر الرجعي للتسجيل استناد خاطيء . قد كانت محكمة النقض موفقة كل التوفيق عندما استظهرت أن الشرط لواقف لا يكون إلا في منطقة الإرادة ، أما حيث يكون القانون هو الذى قرر شرط وعرض عليه حكما ، فإن هذا الحكم المشروط لا يوجد إلا عند تحقق

= عليه منفعة أكثر ، أسقط اعتبار الشفيع . لكأ جزء من الأطيان التي يشفع بها على أساس أن تسجيل الحكم الصادر بصحة التعاقد ضما لاحق لعقد المشتري الذى تولد عنه حق الشفعة ، فإنه لم يخسره في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥٠ مصرية . أحكام النقض ٢ رقم ١٥ ص ٧٤ - أنظر أيضا : نقض مدني ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مصرية أحكام النقض ٤ رقم ٤٤ ص ٣٠٩ - استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ - عكس ذلك : محكمة الاسكندرية الوطنية استئنافي ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ الجريدة القضائية ٦٩ ص ١٨) .

(١) وقد أشرنا إلى تأييدنا لهذا الرأي في كتابنا "الإيجار" فقرة ٤٨٠ . وأول من قال بهذا الرأي الأستاذ عبد الحلام ذهني (الأموال جزء ٢ فقرة ٦٢٧ - مقاله في المحاماة ٩ ص ٦٠٦ - ٦٠٧) .

(٢) ويمكن القول إن الملكية تنتقل بالتسجيل من وقت العقد ، ولكن انتقال الملكية لا يسرى في حق الغير إلا من وقت التسجيل . فانتقال الملكية يقع من وقت العقد إطلاقا ، وتراخيه إلى وقت التسجيل في حق الغير هو عدم نقل لا عدم انتقال .

شرطه ومن وقت تحقق هذا الشرط ، لأن الأثر لا يسبق المؤثر ، وما كان من الشروط جعلياً مردوداً إلى إرادة الشارع كشرط التسجيل لنقل الملكية لا ينسحب أثره إلى الماضي (١) .

والملاحظة الثالثة - إن الفرق بالأثر الرجعي لتسجيل فيما بين المتعاقدين ليست له أهمية كبيرة من الناحية العملية ، إذ أن تقرير الأثر الرجعي وإنكار هذا الأثر لا يختلفان كثيراً من حيث الحلول العملية للمسائل التي تعرض لتطبيق كل من القولين . ولكن القول بالأثر الرجعي ، من ناحية الصناعة القانونية ، أكثر استنساغاً من إنكار هذا الأثر في بعض المسائل ، وفي مسائل أخرى قليلة يكون دون غيره هو القول الحق وفي هذه المسائل وحدها تبرز أهميته العملية .

وبعد أن فرغنا من تجلية الموقف بهذه الملاحظات ، نأتى بأمثلة القول فيها بالأثر الرجعي هو أكثر استنساغاً من ناحية الصناعة القانونية ، ثم نأتى بأمثلة أخرى يكون فيها هذا القول هو وحده القول الحق .

٢٨٣ - القول بالأثر الرجعي أكثر استنساغاً من ناحية الصناعة

القانونية : نسوق هنا مسائل يبين فيها أن تقرير الأثر الرجعي وإنكاره يستويان من ناحية النتائج العملية ، ولكن القول بالأثر الرجعي يكون أكثر استنساغاً من ناحية الصناعة القانونية :

(١) تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ مدني على ما يأتي : « وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغيره » . فالقانون ينص هنا على أن ثمر المبيع ونماؤه يكون من وقت تمام البيع - لا من وقت تمام التسجيل - للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع من وقت تمام البيع أيضاً . ويقول الفقه في تفسير هذا الحكم إنه يرد إلى التزام البائع بالتسليم ، فهو ملزم بتسليم المبيع

(١) أنظر في أن الشرط أمر هارص ، وفي أن الأثر الرجعي لتحقيق الشرط إنما يرجع إلى النية المحتملة للمتاعدين ، ولو أنهما كانا عند التعاقد يعرفان مال الشرط لما طلقا العقد عليه ولجملاء عقداً بسيطاً منجزاً الوسيط جزء ٣ فقرة ١٥ - فقرة ١٦ وفقرة ٤٢ ص ٦٥ .

ملحقاته ، والثمر هو من ملحقات المبيع ، فيكون البائع ملزماً بتسليمه مع المبيع .
وفي هذا التعليل توسيع لفكرة « ملحقات المبيع » أكثر مما تختمله طبيعة الملحقات .
فملحقات الشيء ليست جزءاً منه بتولد عنه كالثمر والنماء ، بل هو شيء مستقل
عنه أعد بصفة دائمة لاستعماله فيكون ملحقاً به . وقد حددت المادة ٤٣٢ مدني
ملحقات المبيع على الوجه الآتي : « يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل
ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء
وعرف الجهة وقصد المتعاقدين » . فتملك المشتري ثمر المبيع من وقت تمام البيع ،
على أساس أن هذا الثمر ملحق بالشيء المبيع فيكون واجب التسليم للمشتري ،
لا يستقيم من ناحية الصناعة القانونية (١) . وهو في الوقت ذاته لا يفسر كيف
يكون على المشتري تكاليف المبيع من وقت تمام البيع ، وفكرة التسليم هنا
لادخل لها . والذي يستقيم ويكون أكثر استساغة من ناحية الصناعة القانونية
أن نقول إن المشتري يصبح مالكا للمبيع من وقت تمام البيع بالنسبة إلى البائع ،
وباعتباره مالكا من هذا الوقت يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك (٢) ويكون
عليه تكاليفه . وهذا التاصيل يقتضي القول بالآثر الرجعي للتسجيل ، فإذا
سجل المشتري البيع انتقلت إليه ملكية المبيع بالتسجيل ، ولكن من وقت تمام
العقد ، فيصبح مالكا للثمر والنماء ويكون عليه التكاليف من هذا الوقت أيضاً .

(١) ولا يستقيم كذلك القول بأن ملكية النماء لا تتبع بالضرورة ملكية اسفار الذي يغلها ، كما
هو الأمر في عقد الإيجار فإن المتأجر يملك الثمار دون العين ذاتها (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي
فقرة ٩٩ ص ١٥٩) . ذلك أن الثمار في عقد الإيجار تملك بصفة أصلية والعقد واقع عليها
بالذات لتوليها ، بخلاف ثمر المبيع فملكته تنتقل تبعاً لانتقال ملكية المبيع إلى المشتري
ولا يقع البيع عليه بالذات .

(٢) ويبدو أن محكمة النقض تربط كسب ثمار المبيع بانتقال الملكية إلى المشتري ، لا بأن
الثمار من ملحقات المبيع . فقد قضت بأن عقد البيع لم يزل بعد قانون التسجيل من عنود
التراضى ، ولذلك يبقى البائع ملزماً بموجب العقد بتسليم المبيع ونقل الملكية للمشتري ، كما يترتب
المشتري ملزماً بأداء الثمن إلى غير ذلك من الالتزامات التي ترتبت بينهما على التقابل بمجرد
حصول البيع . كما أنه ليس للبائع ، لعدم تسجيل العقد وتراخى نقل الملكية بسببه ، أن يدعى
لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملك لغيره لا يجوز له أن يدعى لنفسه . ومقتضى
ذلك أن يكون البائع ملزماً للمشتري بتسليم المبيع وبفلكه إن لم يتم بتسليمها فالحكم الذي لا يعطى
المشتري الحزق . ربيع للشيء المبيع من المدة السابقة على تاريخ تسجيل عقد البيع يكون حكماً خاطئاً
متعيناً نقضه (نقض مدني ٤ يونيو سنة ١٩٢٦ مجموعة ص ٣٧٤ رقم ١١٥٠) .

(٢) إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أن يسجل عقد شرائه ، فمن ينكر الأثر الرجعي للتسجيل يعتبره قد تصرف فيما لا يملك ، حتى لو سجل عقد شرائه بعد التصرف . ومن يقر الأثر الرجعي يعتبره قد تصرف فيما يملك ، مادام قد سجل عقد شرائه بعد التصرف . والرأى الثاني يصل في نتيجة العملية إلى ما يصل إليه الرأى الأول ، وهو أكثر استنساغة من الناحية القانونية . وبين ذلك في فرض الآتي : اشترى عقاراً في أول يناير ولم يسجل عقد شرائه . وفي ١٥ يناير باع العقار إلى ب وسجل ب عقد شرائه في اليوم نفسه (١) . وفي ٣٠ يناير سجل عقد شرائه . فعلينا في هذا الفرض أن نوازن بين الرأى الذى ينكر الأثر الرجعي والرأى الذى يقر هذا الأثر . فعلى الرأى الأول يكون باع في ١٥ يناير إلى ب عقاراً غير مملوك له ، إذ كان يومذاك لم يسجل عقد شرائه . ولما سجله في ٣٠ يناير ، أصبح مالكا من هذا التاريخ فقط لانعدام الأثر الرجعي . ولكنه ، بعد أن أصبح مالكا للعقار الذى باعه قبل أن يملكه ، يكون قد صحح البيع الذى صدر منه ، فأصبح ب مالكا للعقار ، ولكن من يوم ٣٠ يناير أى من اليوم الذى أصبح فيه البائع مالكا فانتقلت منه الملكية إلى ب . وعلى الرأى الثانى الذى يقر الأثر الرجعي ، يكون ابتسجيله عقد شرائه في ٣٠ يناير قد أصبح مالكا للعقار بأثر رجعي يستند إلى أول يناير يوم تمام البيع ، ويكون في ١٥ يناير عندما باع العقار إلى ب قد باع ما يملك فانتقلت الملكية إلى ب في نفس اليوم بتسجيل ب بعثه شرائه . فعلى الرأىين إذن يصح عقد البيع الصادر من أ إلى ب ، وتنتقل به الملكية من الأول إلى الثانى . ولكن الملكية تنتقل إلى ب في ٣٠ يناير بحسب الرأى الذى ينكر الأثر الرجعي ، وتنتقل

(١) كان ب يتمكن من تسجيل عقد شرائه قبل أن يسجل العقد . ثم صدر قرار وزارى في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ يقضى بعدم جواز تسجيل العقد إلا بعد تسجيل العقود الأصلية المتباعدة التى تكون مؤرخة منذ أول يناير سنة ١٩٢٤ والتى تكون واجبة التسجيل وفقاً لأحكام قانون التسجيل . وجاء قانون تنظيم الشهر العقارى مؤكداً لهذا الحكم ، فنصت المادة ٢٣ منه على أنه « لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العيني وفقاً لأحكام المادة الحاشية إلا : (١) المحررات التى سبق شهرها . (٢) المحررات التى تتضمن تصرفاً منسباً إلى ما بعد الموت تم قبل العمل بأحكام هذا القانون . (٣) المحررات التى ثبت تاريخها قبل سنة ١٩٢٤ من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى . (٤) المحررات التى تمها تاريخها سابقاً على سنة ١٩٢٤ إذا كان قد أخذ بها قبل العمل بأحكام هذا القانون في محررات تم شهرها أو نقل بها كإثبات . مقتضاها لمن صدرت لصالحه » .

في ١٥ يناير أى في اليوم نفسه الذى صدق فيه البيع بـ ب بحسب الرأى الذى يقر
كثير الرجعى (١) .

(٣) إذا أحدث البائع بناء فى الأرض المبيعة قبل أن يـ ب المشتري عقد
شرائه ، ثم سجل المشتري العقد ، قلنا أنكرنا الأثر الرجعى ولم تنتقل الملكية
إلى المشتري إلا من وقت التسجيل ، كان البائع بانياً فى أرض يملكها وقت
أن يـ ب . وإذا قلنا بالأثر الرجعى وانتقلت الملكية بالتسجيل من وقت البيع ،
كان البائع بانياً فى أرض لا يملكها فيعامل معاملة باني بسوء نية فى أرض غيره .
وهذا الحل الثانى هو الذى اختاره القضاء لأنه هو الحل العادل ، ولكن القضاء
مع ذلك لم يؤسسه على فكرة الأثر الرجعى للتسجيل وكان تأسيسه على هذه
"كرة أكثر استماعة من الناحية القانونية . فقد قالت محكمة استئناف مصر :
" إنه إذا أحدث البائع بناء جديداً أو زيادة فى البيع قبل التسليم فيعتبر كأنه
بـ ب فى غير ملكه ، حتى ولو كان ذلك قبل تسجيل العقد ، لأن التسجيل
تنتقل الملكية من بـ ب بصوله ، غير أن باقى التزامات الأخرى الناشئة من
البيع تكون واجبة الأداء من تاريخ التعهد بالبيع ، لأنها فى الحقيقة التزامات
شخصية تأخذ حكمها . يوفى من وقت التمسك . من حيث أنه من ضمن هذه
الالتزامات امتناع البائع بمجرد التعهد عن كـ ب أو ينقص فى البيع - وهو
تزام يقتضيه الالتزام بتسليم المبيع كما هو ررر . التعهد المذكور . ومن حيث
ن هذه الزيادة لا يمكن تسليمها للمشتري دون مقابل ، لأن فى ذلك إثراء من
غير مقابل يحرمه القانون المدنى ، وعلى المشتري الذى يقبل المبيع بهذه الزيادة
أن يتبع القواعد التى رسمها القانون فيما يـ ب بالفراش أو البناء فى أرض
بـ ب (٢) . وقد أبدت محكمة النقض هذا الحكم ، فقضت بأن البائع ملزم
بتسليم العقار المبيع بحالته التى هو عليها وقت تحرير العقد . فإذا هو أقدم قبل

(١) والأخذ بالأثر الرجعى هنا أكثر استماعة ، إذ هو يعود بالنفع على ب ومن يتعامل
معه دون أن يضر أحداً . قلنا فرض أد ب رهن العقار فى المدة ما بين ١٥ يناير و ٣٠ يناير ،
كان رهنه صحيحاً لأنه صادر من المالك بحسب الرأى الذى يقر الأثر الرجعى ، وكان باصلاً وفقاً
للتقنين المدنى السابق لأنه صادر من غير مالك بحسب " أى الذى ينكر الأثر الرجعى .

(٢) استئناف مصر ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٢ الم ١٢ رقم ٣٨ ص ٩٦ .

نقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد أو الحكم الصادر بصحة التعاقد ، فأحدث زيادة في هذا العقار (بناء) بينما المشتري يطالبه ويقاضيه لتنفيذ تعهده ، فلا مخالفة لقانون التسجيل في أن تعبره المحكمة - بعد أن صدر الحكم بصحة التعاقد وسجل - كأنه أحدث تلك الزيادة في أرض مملوكة لغيره ، بفصل في أمرها قياساً على حالة من أحدث عرساً أو بناء في ملك غيره (١) . ولا شك في أن القول بالأثر الرجعي هنا أفضل ، من ناحية الصناعة القانونية ، من إنكاره الأثر . فأننا إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، كما فعل القضاء ، كان من الواجب التسليم بأن البائع قد بنى في ملكه وقت أن بنى . ولا يمكن الوصول ، من طريق أن البائع ملزم بالألا يحدث تغييراً في العين المبعة وهو الطريق الذي اختارته محكمة النقض ، إلا إلى شيء قريب مما وصلت إليه المحكمة ، ولكن ليس هو بالذات . وكل ما نصل إليه هو أن البائع قد أخل بالتزامه في الألا يبنى في الأرض المبعة ، فيطلب إليه تنفيذ التزامه عيناً ، فيهدم البناء ويأخذه أنقاضاً ، وقد يؤثر ذلك على أن يأخذ ثمن البناء مستحق الهدم ، فلا يستطيع المشتري إجباره على إبقاء البناء (٢) . فواضح إذن أننا لو أخذنا بفكرة الأثر الرجعي للتسجيل ، لوصلنا عن طريق مأمون إلى النتيجة التي نشدتها محكمة النقض وهي اعتبار البائع بانياً بسوء نية في أرض غيره ، وإجباره إذا شاء المشتري على إبقاء البناء

(١) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - وانظر أيضاً :

نقض مدني ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .

(٢) ويخطو الأستاذ حلمي بهجت بدوي خطوة أقرب إلى النتيجة التي وصلت إليها محكمة النقض ، ولكنه مع ذلك يسلّم بأن هناك فرقاً بين ما وصلت إليه محكمة النقض وبين ما يؤدي إليه التطبيق السليم للقواعد العامة ، فيقول : إن البائع ملزم بمقتضى عقد البيع بالألا يحدث تغييرات في العين . فإذا أحدث هذه التغييرات ، بأن أقام بناء في العقار المبيع ، فمشتري الحق في أن يطلب منه إزالته على مصاريفه ، لا تطبيقاً للمادة ٦٥ مدني (قديم) ، وإنما تطبيقاً لأحكام عقد البيع . وليست هذه الإزالة في مصلحة البائع لأنه سوف يتسلم البناء أنقاضاً ، وقد يكون من مصلحة المشتري استبقاء البناء . هل أن يتفق مع البائع على مقدار التعويض الواجب دفعه ، وهو في أي صورة لا يقل من قيمة البناء مستحق الهدم . فإذا امتنع البائع رغم ذلك وأصر على هدم البناء ، وقد يعتبر هذا الإصرار من جانبه تعسفاً في استعمال حقه في إزالة البناء . ونفوق بين هذه النتيجة وبين الحكم بتثبيت ملكية المشتري على أساس الاتفاق على أن يتقدر التعويض الواجب دفعه بعد ذلك ، (مجلة القانون والاقتصاد ٢ ص ٧٥١)

في الأرض مقابل قيمته مستحق الهدم (١) .

والواقع من الأمر أننا نواجه في الأمثلة التي قدمناها الموقف الآتي : المشتري لم يسجل عقد شرائه ، وإذا قد حصل فعلاً على المزايا التي كان يحصل عليها لو أن الملكية قد انتقلت إليه من وقت البيع . فهو يكسب ثمرة البيع من هذا الوقت . ويستطيع أن يتصرف في المبيع قبل أن يسجل ، ولا يستطيع البائع أن يبني في الأرض المبيعة وإلا اعتبر بانياً في أرض غيره . ونريد أن نعال هذه المزايا . فبدلاً من تعليلها التعاليل القريب المستساغ وذلك بالقول بأنه متى سجل المشتري العقد اعتبرت الملكية منتقلة إليه من وقت تمام العقد فداغ أن يحصل على المزايا المتقدمة (٢) ، نلجأ إلى تعليلات مختلفة لكل حالة تعليلها الخاص ، وجانب الإغراب في جميعها ظاهر .

على أن الأمر لا يقتصر على ذلك ، بل إن هناك أمثلة أخرى يكون فيها القول بالآثر الرجعي ، ليس فحسب القول الأكثر امتساعاً من ناحية الصناعة القانونية ، بل هو وحده القول الحق ، وننتقل إلى بيان ذلك .

٢٨٤ - القول بالآثر الرجعي هو مصره القول الحق : ونسوق في هذا الصدد الأمثلة الآتية :

(١) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد

(١) وإذا فرضنا أن المشتري هو الذي أقام البناء على الأرض المبيعة بعد أن تسلّمها وقبل أن يسجل ، وسبقه إلى التسجيل مشتري ثان انتقلت إليه ملكية الأرض بالتسجيل ، فالواجب في هذه الحالة معاملة المشتري الأول معاملة الباني في أرض غيره وهو حسن النية ، لأنه وقت أن بنى كان يعتقد أنه لا يعتدى على حق لأحد وإن كان يعلم أن الأرض لم تصبح بعد مملوكة له فهو في الواقع من الأمر - وإن كان قبل التسجيل لم يصبح مالكا - يحق له أن يتصرف في المبيع ، بالنسبة إلى البائع ، كما لو كان مالكا .

(٢) ونس هذا يعين على توضيح القاعدة التي تقضي بتحميل ثبته الهلاك للمشتري بعد القبض ولو قبل التسجيل ، فإن المشتري لا يكون مالكا للبيع في هذه الحالة لأنه لم يسجل عقده ، ومع ذلك يتحمل ثبته هلاكه لأنه يكون بالنسبة إلى البائع في حكم المالك .

شراؤه حتى شهر إفلاس البائع ، ثم - (١) . فإذا قلنا بالأثر الرجعى ، اعتبر المشتري مالكا من وقت البيع ، وجاز له أخذ العقار المبيع من التفليسة دون أن يزاحمه الدائنون . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعى ، فإن التسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه أى بعد شهر الإفلاس ، فلا تنتقل ، ويبقى المشتري دائماً شخصياً يزاحمه سائر دائنى البائع المفلس فى ثمن العقار المبيع . ولا نتردد فى إثبات الحل الأول ، إذا ثبت أن البيع الذى صدر قبل الإفلاس هو بيع صحيح لاشائبة فيه من تواطؤ أو غش .

ومثل الإفلاس الإعسار ، فإذا صدر البيع قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار (٢) ، وسجل بعد تسجيلها ، كان للتسجيل أثر رجعى واعتبر المشتري مالكا قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، فله أن يأخذ العقار المبيع ولا يزاحمه فيه الدائنون .

وكان الأمر كذلك ، قبل تقنين المرافعات الجديد ، فى مشتري العقار من المدين قبل تسجيل الدائن لتتبعه نزع الملكية . فإذا اشترى شخص العقار من مدين قبل أن يسجل الدائن تتبعه نزع الملكية هل هذا العقار ، ثم سجل المشتري عقد شراؤه ، اعتبر مالكا من وقت البيع أى قبل تتبعه نزع الملكية ، فيخلص العقار للمشتري ولا يجوز للدائن السبر فى إجراءات التنفيذ (٣) . ولكن تقنين المرافعات الجديد أتى بنص خاص فى هذه المسألة جعل الدائن العادى معتبراً من الغير منذ

(١) ليس فى التقنين التجارى ما يمنع المشتري من التسجيل بعد شهر إفلاس البائع ، والمنوع هو قيد حقوق الامتياز والرهن (م ٢٢١ تجارى) . ومع ذلك قارن نقض مدنى ٢٠ سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٢ ص ٨٩٤ .

(٢) أنظر م ٢٥٧ مدنى .

(٣) وقد قننت محكمة النقض بأن تسجيل التتبع بنزع الملكية لا يذئد الدائن العادى نازع الملكية حقاً عينياً هل المقام يحيز له التمسك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التتبع ، وكل ما فى الأمر أن يصبح فى هذه من الغير الذين لا يحتج عليهم بالانقود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتاً قبل تاريخ تسجيل التتبع : أنظر نقض مدنى ١٩ يناير سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٩٢ ص ١٦٥ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٣٨٨ - الأستاذ عبد الحميد أبوهيف فى التنفيذ فقرة ٧٠٢ - أنظر عكس ذلك الأستاذ محمد حامد فهمى فى التنفيذ فقرة ٣٤٦ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٠٩ ص ٣٢٤ - ص ٣٢٥ .

تسجيل تنبيه نزع الملكية ، فلا يسرى عليه البيع الصادر من المدين إذا كان هذا البيع قد سجل بعد تسجيل التنبيه (١) .

(٢) نفرض أن شخصاً باع عقاراً مملوكاً له ، ولم يسجل المشتري عقد شرائه حتى مات البائع ، ثم سجل ، وكانت تركة البائع معصرة . فإذا قلنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، اعتبر المشتري مالِكاً من وقت البيع ، وخلص له العقار المبيع دون أن يزاحمه فيه دائنو التركة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي ، فالتسجيل لا ينقل الملكية إلا من وقت إجرائه ، ولما كانت التركة معصرة امتنع انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري وزاحمه في ثمنه دائنو التركة (٢)

(٣) نفرض أن بيع العقار وقع في أول يناير ، ورهن المشتري العقار رهناً رهنياً في ١٥ يناير قبل أن يسجل عقد شرائه وقيد الدائن المرتهن الرهن في اليوم ذاته ، ثم سجل المشتري البيع في ٣٠ يناير . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل ، وجب القول بأن المشتري عندما سجل في ٣٠ يناير قد أصبح مالِكاً للعقار منذ أول يناير وقت تمام البيع . فيكون وقت أن رهن العقار في ١٥ يناير قد رهن عقاراً مملوكاً له ، ويكون الرهن صحيحاً وبأخذ مرتبته من يوم قيده أى من يوم ١٥ يناير . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي للتسجيل ، فقد وجب القول بأن المشتري لم يصبح مالِكاً للعقار إلا يوم ٣٠ يناير وقت إحراء التسجيل ، فيكون وقت أن

(١) وهذا النص هو المادة ٦١٦ مرافعات ، وتجري الفقرة الأولى منها على الوجه الآتي :
« لا ينفذ تصرف المدين أو الخائن في العقار ، ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز ، في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المشار إليهم في المادة ٦٣٧ ولا الراسى عليه المزاد ، إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » . أنظر الأستاذ رمزي سيف في التنفيذ طبعة ثالثة
فقرة ٣٨٣ ص ٣٣٣ .

(٢) وفي الفرض الذي يموت فيه البائع عن تركة موسرة قبل أن يسجل المشتري ، ثم يسجل ، نؤثر القول بأن الملكية تنتقل إلى المشتري في مواجهة الورثة - وليس من الغير - من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل . وهذا القول أكثر استماعة من القول بأن الالتزام بنقل الملكية ينشأ في التركة أو ينتقل إلى الورثة . فبقاء الالتزام بنقل الملكية في التركة تفضله فكرة الأثر الرجعي ، وانتقال الالتزام إلى الورثة لا يمتنع مع مبادئ الفقه الإسلامي التي تقضى بأن الورثة لا تنتقل إليهم الديون .

رهن العقار في ١٥ يناير غير مالك له . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١٠٣٣ مدني على أنه : إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقي بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الرتب الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن ويترتب على ذلك أن الرهن في المس الذي قدمناه لا يترتب على العقار إلا يوم ٣٠ يناير وهو اليوم الذي أصبح فيه مملوكاً للمشتري الراهن ، وبأخذ مرتبته يوم ٣٠ يناير لا يوم ١٥ يناير كما هو الأمر لو أخذنا بالأثر الرجعي للتسجيل . ويترتب على هذا الفرق النتيجة العملية الآتية : لو أن المشتري قبل أن يسجل عقده رهن العقار مرة ثانية وقيد الدائن المرتهن عقده في ٢٠ يناير ، فإن اعتبرنا أن الرهن الأول يأخذ مرتبته في ١٥ يناير وفقاً للقول بالأثر الرجعي ، لأخذ الرهن الثاني مرتبته في ٢٠ يناير وتأخر عن الرهن الأول . أما لو أنكرنا الأثر الرجعي ، فإن الرهن الثاني يأخذ مرتبته في ٣٠ يناير كما هو الرهن الأول ، ويتعادل الرهان فلا يفضل أحدهما على الآخر . ونحن نؤثر الأخذ بالأثر الرجعي لأنه أكثر انطباقاً على طبائع العلاقات القانونية التي نمنح بمسنداتها (١) .

(٤) نفرض مشترياً لعقار لم يسجل عقده ، وبيع عقار مجاور لعقاره وتوافرت فيه شروط الأخذ بالشفعة ، فطلب الأخذ بالشفعة ثم سجل عقده . فلو أنكرنا بالأثر الرجعي ، لاعتبر المشتري مالِكاً للعقار المشفوع به قبل بيع العقار المشفوع فيه ، ولأمكنه الأخذ بالشفعة . أما إذا أنكرنا الأثر الرجعي — ومثلنا بالصفحة محكمة النقض (٢) — فإن المشتري لا يعتبر مالِكاً للعقار المشفوع به إلا بعد البيع .

(١) قارن محكمة النقض في ٩ فبراير سنة ١٩٢٩ بمجموعة عمر ٢ رقم ١٢١ من ١٩٢٧ ، حيث لم تأخذ بهذا الرأي ، وأبطلت بحق الاعتصام فيه على عقار لمشتري قبل أن يسجل المشتري عقد شرائه ، ثم سجل المشتري العقد بعد ذلك وتعتبره من العقار ، مما يستلزم المحكمة بهذا التصرف الأخير ولم تعند بحق الاعتصام ، مع أن المشتري من المشتري كان يستطيع أن يكون من لم يحق الاعتصام من المفيد لولا خطأ ألم الكتاب . انظر أيضاً في المعنى الذي تعنت به محكمة النقض بحكمة الامتناف المخططة في ٤ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ من ٢٥٤ .

(٢) في حكمها الصادر في ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٤ رقم ١١١ من ١٤٤ - وانظر أيضاً : نقض مدني ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ١٦٦ من ٤٦٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمر ٤ رقم ٨٤ من ١٤٤ - ٨ يوليو سنة ١٩٤١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦ من ٣٠ - ١٨ فبراير سنة ١٩٤١ بمجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٢ من ٤٢٠ .

العقار المشفوع فيه ، فلا يمكنه الأخذ بالشفعة .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعي ، وإعطاء المشتري الحق في الأخذ بالشفعة .
ولو قلنا بالرأى الذي ذهب إليه محكمة النقض ، لترتب على ذلك أن الشفع
يكون في هذه الحالة هو المالك السابق الذي باع للمشتري العقار المشفوع به ،
فقد كان مالكا لهذا العقار وقت بيع العقار المشفوع فيه (١) . ولا شك في أنه بين
المالكين المتعاقبين - البائع للعقار المشفوع به والمشتري لإياه - المشتري هو
الباق مجاوراً للعقار وعمو الأولى بالأخذ بالشفعة ، إلا إذا قبل إن الشفعة في
هذه الحالة لا تكون لأحد منهما فيتعطل بذلك حق قرره القانون ونهيات
الأسباب لكسبه .

(٥) نفرض أن شخصاً باع داراً ، وقبل أن يسجل المشتري عقد شرائه
أرسل البائع الدار لشخص آخر ، ثم سجل المشتري . فإذا أخذنا بالأثر الرجعي
للتسجيل وكانت ملكية الدار منتقلة إلى المشتري قبل صدور عقد الإيجار ،
فلا يسرى الإيجار في حق المشتري تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدني التي
تجوز على الوجه الآتي : « إذا انتقلت ملكية العين المزجرة اختياراً أو جبراً
إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له
تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية . » أما إذا أنكرنا الأثر
الرجعي ، فإن ملكية الدار لا تنتقل إلى المشتري إلا وقت إجراء التسجيل أي
في وقت تال لصدور الإيجار ، فيسرى الإيجار في حق المشتري .

ونؤثر الأخذ بالأثر الرجعى هنا ، فلا بد أن الإيجار فى المثل المتقدم مائراً
فى حق المشتري ، وهذا هو رأى الذى أخذنا به فى عهد التفتين المدنى للسابق (٢).

(١) وقد قيل بهذا نملا (أنظر الأستاذ عمر أبو شادي في شهر الحفر في القنارية ص ١٤٦) .

(٢) عقد الإيجار المؤلف فقرة ١٨٠ — وكانت المادة ٣٨٩/٤٧٤ من التقنين المدني تجعل البيع السابق — لا نقل الملكية — هو الذي يفسخ عقد الإيجار . وقد كتبنا إذ ذاك ما يأتي : « ولا يرى أن قانون التسجيل الحديث . . أثر في الأحكام المتقدمة ، فلا يزال البيع غير المسجل يفسخ الإيجار . . . » . لكن عقد الإيجار سابقاً عليه في التاريخ ، فإن البيع غير المسجل يفسخ صحيح وينتج كل آثاره عدا نقل الملكية . وعلى ذلك يجوز للمشتري قبل أن يسجل عقده أن يطلب من المستأجر إخلاء العين بعد التنبيه عليه بذلك في الميعاد القانوني . وعلى كل حال فإن المشتري —

٢٨٥ - القول بالأثر الرجعى هو الذى يبنى مع الفرائض العامة :

والآن بعد أن استعرضنا أمثلة يستساغ فيها من ناحية الصناعة القانونية إقرار الأثر الرجعى أكثر مما يستساغ إنكاره ، وأمثلة أخرى يبدو فيها أن القول بالأثر الرجعى هو وحده القول الحق ، يبنى أن نبين لماذا يستعصى إنكار الأثر الرجعى على كثير من المسائل ، ولماذا يفضل إقرار الأثر الرجعى فى مسائل أخرى .

قد يكون المشرع لم يفكر فى الأثر الرجعى للتسجيل بناتاً ، بل قد يبدو أنه قصد المساواة بين الغير والمتعاقدين فى انعدام الأثر الرجعى ، ويتبين ذلك من المذكرة الإيضاحية لقانون تنظيم الشهر العقارى . ولكن المبادئ العامة للقانون تأبى إلا أن يكون للتسجيل فى نظام الشهر الشخصى أثر رجعى فيما بين المتعاقدين .

ذلك أن التسجيل له مهمة لا يجوز أن يتخطاها ، فهذا تقضى عليه طبيعته . ومهمته فى نظام الشهر الشخصى تختلف عن مهمته فى نظام الشهر العيى . مهمته فى نظام الشهر الشخصى هى إعلام الناس بوقوع التصرف وليست نقل الحق ، فالعقد فى هذا النظام هو الذى ينقل الحق . أما مهمته فى نظام الشهر العيى فهى نقل الحق ، إذ التسجيل فى نظام السجل العقارى وليس العقد هو الذى ينقل الحق (١)

= إذا قام بتسجيل عقده ، انتقلت إليه ملكية العين بأثر رجعى من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل بالنسبة للبائع ودائنيه الشخصيين ومنه المتأجر ، فيعتبر المشتري مالكا من وقت البيع أى من وقت لم يثبت أن تاريخ الإيجار سابق عليه ، فيفسخ الإيجار حتى مع التسليم بأن نقل ملكية العين المؤجرة لا البيع ذاته هو الذى يفسخ عقد الإيجار (عقد الإيجار المذلل فقرة ٤٨٠) . والآن بعد أن جعل التقنين المدنى الجديد نقل ملكية العين المؤجرة هو الذى يفسخ الإيجار اللاحق ، فلا يزال ما قلناه فى هذا الصدد صحيحا .

ويمكن القول أيضاً ، فى عهد قانون الإصلاح الزراعى ، إنه لرباع شخص آخر أرضاً زراعية بفقد ثابت التاريخ ، قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى ، ثم سجل العقد بعد نفاذ هذا القانون ، فإن ملكية الأرض تنتقل فيما بين البائع والمشتري من تاريخ العقد لا من تاريخ التسجيل ، أى قبل نفاذ قانون الإصلاح الزراعى لا بعد نفاذه . وقد يترتب على ذلك بعض النتائج الهامة ، يضيق المقام هنا عن بحثها .

(١) والتسجيل فى نظام السجل العقارى يتم بموجب عقد مجرد (acte abstrait) ، غير عقد البيع . فعند البيع ينشأ التزاماً بنقل الملكية ، والعقد المجرد أى التسجيل هو الذى ينفذها تنفيذاً لهذا الالتزام . (م ٣٤ - الوسيط - ٤)

فيجب إذن ، في نظام الشهر الشخصي ، أن يؤدي كل من العقد والتسجيل مهمته في حدودها المرسومة . فينقل العقد الملكية ، إذ هو السبب في نقاها . ولا يتراخى المسبب عن السبب إلا لمانع . ولا يوجد فيما بين المتعاقدين مانع من أعمال السبب في الحال ، والتسجيل ليس بمانع ، فمهمته كما قدمنا لإعلام الناس بوقوع التصرف والمتعاقدان يعلمان بوقوع التصرف قبل التسجيل فيها اللذان باشاه . أما بالنسبة إلى الغير ، فهناك مانع من أعمال السبب في الحال ، فوجب أن يتراخى المسبب حتى يقوم التسجيل بمهمته وهي إعلام هذا الغير بوقوع التصرف . ومن ثم لا يجوز ، كأصل عام ، في نظام شهر شخصي أن يتراخى الإعلان الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، وإلا انتقلنا إلى نظام الشهر العيني في ناحية منه دون أن نحتاط للنواحي الأخرى .

ولكن المشرع ، في قانون التسجيل وفي قانون تنظيم الشهر العقاري ، نص صراحة على أن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين . يقال عادة إن هذه خطورة أراد بها المشرع أن يحث المتعاقدين على المبادرة إلى تسجيل عقودهم ، فأرجأ نقل الملكية فيما بين المتعاقدين حتى يتم التسجيل . ولكن حتى يصل المشرع إلى تحقيق هذه الغاية ، يتحتم عليه أن يجعل التسجيل ذاته لا العقد هو الذي ينقل الملكية . أما إذا جعل البيع هو الذي ينقل الملكية ، وأرجأ مع ذلك نقل الملكية فيما بين المتعاقدين إلى وقت إجراء التسجيل ، فعنى ذلك أن التسجيل هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين لا البيع (١) ، ومعنى ذلك أيضاً أن المشرع يخلط بين نظامين متعارضين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني (٢) .

(١) أو إذا نقل البيع الملكية فلا بد أن يكون مسجلاً ، ومن ثم يصبح البيع عقداً شكلياً لا يتم إلا بالتسجيل ، وهذه نظرية قد هجرت منذ عهد بعيد كما سبق القول .
(٢) والواقع أننا نشك كثيراً في فائدة استحداث قانون التسجيل وقانون الشهر لقاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين بالتسجيل مع البقاء في نظام الشهر الشخصي . فقدمنا في هذا النظام مضطرين إلى التسليم بأن البيع لا التسجيل هو سبب كسب الملكية ، فإن هذه القاعدة المستحدثة لا تترتب عليها أهمية كبيرة . وأكبر خطر يتعرض له المشتري المتقاعد عن التسجيل لا يزال هو خطر تصرف . نفع إلى مشتر آخر وسبق هذا إلى تسجيل عقد ، وهذا الخطر كما نرى لا يرجع إلى قاعدة انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين ، بل إلى قاعدة انتقالها بالتسجيل في حق الغير . =

أما ونحن لا نزال في نظام الشهر الشخصي ، ولا نزال نعتبر البيع عقداً رضائياً هو السبب القانوني في نقل الملكية (١) ، فلا من أعمال البيع وإنتاج أثره في الحال حيث لا يحول دون ذلك مانع . وأثره هو نقل الملكية ، فينبغي أن ينقلها في الحال . ولكن لما كان نقلها بالنسبة إلى الغير يقتضي إعلام الغير بالبيع وهذه هي مهمة التسجيل ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية لا ينفذ

= أما انتقال الملكية بالتسجيل فيما بين المتعاقدين ، فلا تظهر أهميته العملية حقاً إلا في نظام الشهر المبنى حيث التسجيل ذاته هو الذي ينقل الملكية ، فيجب أن يكون نقلها من وقت إجراء التسجيل سواء بالنسبة إلى الغير أو فيما بين المتعاقدين .

ويؤيد ما نقول أن الناس لم تبادر إلى تسجيل عقودهم بعد صدور قانون التسجيل بأكثر مما كانوا يفعلون قبل صدوره . ويقول الأستاذ أنور سلطان (ص ١٩١) : « وعلاجاً لهذه الحالة أصدر المشرع عدة تشريعات لجأ فيها إلى حرق مختلفة لحمل الناس على تسجيل عقودهم » . ويقول الدكتور محمود شوقي في كتاب الشهر المتعارفين علماً وعملاً (ص ٣٩ - ص ٤٠) : « ولقد حاول الشارع منذ سنة ١٩٤٢ أن يعالج كل نقص بعد قانون سنة ١٩٢٣ ، وذلك بقوانين وقرارات مختلفة أهمها : (١) المرسوم بقانون الصادر في أول نوفمبر سنة ١٩٢٥ بتخفيض الرسم النسبي المخصص على تسجيل بعض العقود ، وذلك بمجمعه ٣ ونصف في المائة بدلاً من ٥٪ . وقد قصد المشرع بذلك إلى تشجيع جمهور المتعاملين على إجراء الشهر نظراً لما لاحظته من قلة الإقبال عليه رغم شدة الجزاء المترتب على ذلك الإهمال . (٢) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ والذي يقضى بتسجيل العقود المتتالية ... (٣) القرار الصادر في ٢٦ مايو سنة ١٩٢٦ المنفذ بالقرار الصادر في ١٣ يولي سنة ١٩٢٨ والمتضمم بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٢٨ وكلها تتضمن : (أولاً) وجوب تحصيل رسم التسجيل عند التوثيق أو التصديق على التوقيع . (ثانياً) منع الحاكم من إثبات تاريخ المهررات التي أوجب القانون شهرها .. (ثالثاً) تنظيم الرقابة المفروضة على البيانات التي يجب أن تشتمل عليها العقود واجبة الشهر . (٤) القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ الذي حرم ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٣ قبول تسجيل العقود التي تستند إلى ثبوت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ على وجود إمضاء أو ختم لإنسان توفي ، نظراً لما لوحظ من شيوع التزوير . (٥) القرار الصادر في ١٥ أبريل سنة ١٩٤٤ الذي يقضى بعدم قبول العقود العرفية التي لم يثبت تاريخها قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ كأصل للملكية في المهررات الرضائية المقدمة للشهر إلا إذا كانت هذه العقود قد سبق أن تقدمت في مهررات تم شهرها » .

(١) وتقول محكمة النقض إن « الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده ، وإنما تنتقل بأمرين : أحدهما أصل أساسي وهو العقد الصحيح الناقض للملكية ، وثانيهما تبعي وهو التسجيل . وإذا فالعقود الصورية المبنية على الفسح والتدليس لا يصححها التسجيل » (نقض مدني ٢ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة ص ٦٨ رقم ١٨٣) .

... هذا أدق من القول بأن الملكية لا تنتقل - في حق الغير إلا من وقت إجراء التسجيل . ولما كان نقلها فيما بين المتعاقدين لا يكون إلا بالتسجيل إذ جاء النص صريحاً في ذلك ، فقد وجب القول بأن انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين يجب لتحقيقه إجراء التسجيل مطاوعة للنص . ووجب القول في الوقت ذاته بأن الملكية بعد تسجيل البيع تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت تمام البيع لا من وقت التسجيل ، مطاوعة للمبادئ العامة ، ولطبيعة البيع الذي لا يزال هو السبب في نقل الملكية ، ولمهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي التي لا تزيد على إعلام الغير بوقوع التصرف ولا شأن لها في العلاقة ما بين المتعاقدين (١) . مثل ذلك مثل البيع مع خيار التعيين ، ففي هذا البيع التزم البائع أن ينقل ملكية أحد شيئين يختاره المشتري ، فوجب

(١) ويقترب الأستاذ جيل الشرقاوي كثيراً من هذا الرأي عند ما يذهب إلى أن التسجيل في البيع يتصل بالسند لا بالتصرف ذاته ، وأثره منحصر في منع السند قوة إثبات الحق قبل الغير : وتخلفه يؤدي إلى سلب السند هذه القوة ، أما التصرف نفسه فلا يتأثر بعدم التسجيل من حيث إنتاجه جميع آثاره فيما بين المتعاقدين ومنها نقل الملكية . ويقول في هذا الصدد : « وما دنا فلم بنام الاتفاق على البيع وصحة التصرفات المكرنة له قبل إتمام التسجيل ، فمضى هذا أن ترتب آثار التصرف التي يتم بها البيع ، بمعنى أنه ينشأ على عاتق المشتري التزام بالتمن وعلى البائع التزام بالتسليم والتزام بالضمان ، ضمان فعله وفعل الغير . ولذا فإن تنفيذ هذه الالتزامات من جانب المشتري بالوفاء بالتمن ومن جانب البائع بالتسليم وفاء صحيح لالتزامات قائمة ، ولا يستطيع البائع أن يطالب برد حيازة المبيع بحجة أن الملكية لم تنتقل لأن تسجيل العقد لم يتم . ومن هذا يبدو أنه لا مناص من التسليم بأن الملكية تنتقل بين البائع والمشتري بمجرد التراضي ، ذلك أن نصوص القانون على صورته الحالية لا يمكنه أن يمنع انتقال كل ميزات حق الملكية للمشتري في مواجهة البائع ... وأحكام بحجة النقص المصرية تفترض في قضائها انتقال الملكية رغم عدم تسجيل ، ولعلها تعبر عن ذلك في قولها .. إن المشتري متصرف إليه ، أي مشتري وليس دائناً عادياً ، أي له أن يقتضي من البائع كل التزاماته . ويظهر هذا الاتجاه بصورة أكثر جدية - لأنه يتعلق بترتيب نتائج على هذا الافتراض - في قضائها السابق على هذا الحكم بأن البائع إذا بنى في عقار داعم بمقد غير مسجل فهو بان في ملك غيره ... ولذا فإننا نتساءل عن معنى عدم انتقال الملكية بين البائع والمشتري إلا بالتسجيل ، ما دام المشتري يحصل على كل ميزات حق الملكية في مواجهة البائع . ويبدو أن واضعي هذا الحكم لم يفكروا كثيراً في معناه من هذه الناحية ، وإنما كان قصدهم بوضعه على هذه الصورة إظهار قصد المشرع إلى التشدد في طلب التسجيل ، لما لوحظ من إهمال المصريين القيام بإجراءات التسجيل » (الأستاذ جيل الشرقاوي في رسالته في نظرية بطلان التصرف القانوني ص ١٥٦ هامش رقم ١ - وانظر أيضاً كتابه في البيع ص ١٦٤ وهاش رقم ١ من هذه الصفحة) .

التربص حتى يتم إجراء الاختيار، وهو إجراء يقابل إجراء التسجيل في بيع العقار، فإذا ما تم انتقلت الملكية إلى المشتري ولكن من وقت البيع لا من وقت أعمال الخيار (١).

وإذا كان المشرع قد قصد أن يحث الناس على المبادرة إلى تسجيل عقودهم،

(١) ولا يمتنع على هذا التفسير بأن التسجيل إجراء قانوني وليس شرطاً واقعياً يرجع إلى الإرادة، بينما خيار المشتري شرط واقف، يرجع إلى الإرادة. فقد بينا في الجزء الثالث من الوسيط أنه لا يجوز أن يكلف الخراج في الالتزام التخييري بأن شرط واقف، وقلنا في هذا الصدد ما يأتي: «ولا يجوز أن يكلف الالتزام التخييري بأن كلاً من محاله المتعددة واجب الأداء مطلقاً على شرط اختيار، وقد كان بعض الفقهاء الرئيسيين يذهبون إلى ذلك. ذلك أن الالتزام المطلق على شرط واقف قد علق على أمر غير محقق الحصول، أما الاختيار في الالتزام التخييري - اختيار محل ما - فهو أمر محقق لا بد من حصوله. وإذا هو لم يحصل من له حق الاختيار بالذات، فإنه لا بد حاصل من أقامه القانون مثلاً: القاضي في حالة ما إذا كان الخيار للمدين، والمدين في حالة ما إذا كان الخيار للدائن» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٨٩). وقلنا في مكان آخر: «وأما كان الشخص الذي يثبت له حق الخيار، فإنه متى أعمل حقه واختار المحل الواجب الأداء على النحو الذي قد شاء، صار هذا المحل وحده هو محل الالتزام.. ويستند هذا التعمين بأثر رجعي إلى الماضي.. وليس هذا الاستناد إلى الماضي يرجع إلى أن المحل المبيع كان محلاً للالتزام مطلقاً على شرط واقف هو أن يقع عليه الاختيار، فقد قلنا أن الالتزام التخييري ليس بالالتزام شرطى. وإنما يرجع الاستناد إلى أن المحل الذي عين كان منذ البداية محلاً للالتزام، إلا أن هذه الأهلية كانت شائعة بينه وبين الحال الأولى، فتعيينه تركزت الهبة فيه.. ويتربص على هذا الأثر الرجعي...» (٢) إذا كانت محال الالتزام التخييري نقل ملكية أشياء متعددة، ووقع الاختيار على شيء واحد من هذه الأشياء، وكان نقل الملكية يتم بمجرد نشوء الالتزام كافي المنقول المعين بالذات، فإن ملكية الشيء الذي وقع عليه الاختيار تعتبر قد انتقلت منذ نشوء الالتزام لا منذ أعمال حق الخيار، ويعتبر الدائن مالِكاً للشيء منذ البداية» (الوسيط جزء ٣ فقرة ٩٧).

ولا يقاس دور التسجيل بدور الإفراز في نقل ملكية الشيء غير المعين إلا بالنوع، فيقال كما أن الإفراز ينقل الملكية من وقت تمامه لا من وقت البيع فكذلك التسجيل (أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٠٧ ص ٣١٤ - ص ٣١٥). ذلك أن التسجيل إنما يكون في عقار معين بالذات، فلم تستص طبيعته على أن يكون نقل الملكية فيه بين المتعاقدين من وقت العقد، وهذا ما تقرر في خيار التعمين حيث كل من الشئين معين بالذات. أما في الإفراز فالشيء غير معين بالنوع، فطبيعته تستص على أن تنتقل ملكيته إلا من وقت التعمين، إذ الملكية لا تنتقل إلا في شيء معين بالذات.

ونرى من ذلك أن المشتري غير المسجل ليس بمجرد دائن عادي، بل تسميه محكمة النقض المشتري أو المنصرف إليه. ويصف القضاة المختلط حق هذا المشتري بأنه «حق مضاف إلى العقار» (jus ad rem)، تمييزاً له عن محض الحق الشخصي (jus in personam)، ونقريباً له من الحق المبنى (jus in rem).

فمن على وجوب التسجيل لانقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، فإن الواجب إعمال النص ، ولكن يجب في الوقت ذاته التوفيق بينه وبين النظام القانوني في مجرعه . ولا يتم للمشرع قصده كاملاً إلا إذا انتقل إلى نظام الشهر العيني ، فأدخل السجل العقاري . وعندئذ يكون التسجيل لا البيع هو الذي ينقل الملكية ، ولا تنتقل إلا من وقت إجراء التسجيل ، سواء بالنسبة إلى المغير أو فيما بين المتعاقدين .

كل هذه الاعتبارات قد واجهت الفقه والقضاء في مصر ، فأحسا وجوب التسجيل بالنص ، وهذا حق . ولكنها كانتا مدركين أن البيع ظل على طبيعته من غير التراضي ، ولم يصبح عقداً شكلياً يتم بالتسجيل (١) . واقتضى هذا أن يترتب على البيع جميع آثاره ومنها نقل الملكية ، ما لم يحل دون ذلك طبيعة التسجيل ومهمته . فواجه الفقه والقضاء المسائل التي لا يقوم فيها هذا الحائل ، والتي يتعين فيها القول بأن الملكية تنتقل فيما بين المتعاقدين من وقت البيع لا من وقت التسجيل ، ففي بعضها وصلنا إلى هذه النتيجة ، ولكنها التمساً للرصول إليها طرقاً أخرى استمدتها من طبيعة البيع ذاتها ، وكان في وسعها ما دام قد ساراً طبيعة البيع أن يلتزمها إلى النهاية ، وأن يقولوا بأن البيع هو الذي ينقل الملكية فيما بين المتعاقدين فوجب أن ينقلها من وقت تمامه لا من وقت إجراء التسجيل . وفي مسائل أخرى اضطرب الأمر ، وغلب ظاهر النص على طبيعة الروابط القانونية ، فأنجبه الفقه والقضاء اتجاهات متعارضة مع طبيعة البيع ومع مهمة التسجيل في نظام الشهر الشخصي .

٢٨٦ - القول بالأثر الرجعي لا يتعارض مع نص القانون :

ولا يقتصر القول بالأثر الرجعي على أنه هو القول الذي يتفق مع القواعد العامة

(١) أنظر مثلاً ما أورده الأستاذ جميل الشرفاوي : « ونحن نعتقد أن مؤيدى فكرة الأثر الرجعي للتسجيل يعمدون هذه المكرة من إحساس بمثل ما جعلنا نقول إن العقد غير المسجل ينقل في الواقع الملكية من المشتري في العلاقة بينه وبين البائع . والدليل على ذلك أنهم يربطون بها تفسير حق المشتري في الثمار وتحريم البناء أو الفراس في العقار المبيع على البائع ، وهي أحكام لا تبرر في الحقيقة إلا مع التسليم بالملكية للمشتري » (الأستاذ جميل الشرفاوي في البيع ص ١٦٩ هامش رقم ٢) .

على النحر الذى بسطناه ، بل هو لا يتعارض مع نصوص القانون ، فليس فى هذه النصوص نص يمنع من الأخذ به .

فالمادة الأولى من قانون التسجيل تنص على أن « جميع العقود صادرة بين الأحياء . . . والى من شأنها إنشاء حق ملكية أو حق عيني آخر أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب إظهارها بواسطة تسجيلها . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » . فالنص يوجب تسجيل عند البيع ، ويترتب على عدم تسجيله أن الملكية لا تنتقل لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير . ويؤخذ من ذلك أن البيع إذا سجل ، انتقلت الملكية به فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الغير . هذا كل ماورد فى النص صراحة أو دلالة . ولم يعرض النص لتحديد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية إذا سجل البيع . فوجب أن نرجع فى ذلك إلى مهمة التسجيل فى نظام الشهر الشخصى ، وإلى طبيعة البيع بعد صدور قانون التسجيل . فمهمة التسجيل تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية بالنسبة إلى الغير ، ولا يمكن أن يكون إلا وقت إجراء التسجيل . وطبيعة البيع تحدد الوقت الذى تنتقل فيه الملكية فيما بين المتعاقدين ، فما دامت الملكية تنتقل بالبيع وجب أن تنتقل عند تمامه ، ولا تحول مهمة التسجيل دون ذلك .

وبالرغم من أن رأى الذى نقول به كان قائماً فى الفقه وقت صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فإن هذا القانون قد صدر وهو لا يكاد يختلف فى صياغته عن قانون التسجيل ، وليس فى نصوصه ما يتعارض مع القول بالأثر الرجعى . فقد نصت المادة التاسعة منه على أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله . . . يجب شهرها بطريق التسجيل . . . ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول ، لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم » .

ثم صدر التقنين المدنى الجديد بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقارى ، فنصت الفقرة الأولى من المادة ٩٣٤ من هذا التقنين على أنه « فى المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان فى حق الغير ، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة فى قانون تنظيم الشهر

العقارى . وجاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى فى هذا الصدد الصدد ما يأتى : « أما فى العقار فلا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى ، حتى فيما بين المتعاقدين ، إلا بالتسجيل . ولكن متى تم التسجيل تعتبر الملكية منتقلة ، فيما بين المتعاقدين ، من وقت العقد لا من وقت التسجيل ، لأن سبب نقل الملكية هو العقد (١) .

٢٨٧ - ثانياً - نقل الملكية بالنسبة الى الغير - هل يشترط

حسن النية فى المشتري الذى سجل عقده أولاً - نظرة عامة : قدما أن انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير يكون بالتسجيل ومن وقت إجراء التسجيل . فلو شخصاً باع عقاراً يملكه له لمشتري ثم باع نفس العقار لمشتري ثان ، وسجل المشتري الثانى قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثانى يعتبر المشتري الأول من الغير (٢) ومن ثم لا تنتقل إليه الملكية إلا من وقت تسجيل عقده . إذا كان المشتري الثانى قد سجل عقده أولاً فقد انتقلت إليه الملكية ، فلا يمكن بعد ذلك أن تنتقل إلى المشتري الأول حتى لو سجل عقده بعد ذلك ، ولهذا يفضل المشتري الثانى فى هذه الحالة على المشتري الأول . ويزى من ذلك أنه إذا اشترى شخصان متعاقبان عقاراً واحداً من مالكه ، كان أسبقهما تسجيلاً هو المفضل ، فلا يسرى فى حقه البيع المتأخر فى التسجيل ولو كان هذا البيع أسبق فى التاريخ الثابت (٣) .

وبخلص من ذلك أن المشتري لعقار إذا بادر إلى تسجيل عقد شرائه فلم

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢١١ .

(٢) وقد قدما عند الكلام فى التقنين المدنى السابق كيف يكون تحديد الغير فى التسجيل (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩) .

(٣) ويشترط فى التفضيل بحسب أسبقية التسجيل أن تكون التصرفات المتعارضة صادرة من شخص واحد هو المالك ، وأنها جميعاً تصرفات صحيحة نافذة . فإذا صدر تصرف من المالك ، فضل ولو لم يسجل على تصرف من غير المالك ولو سجل ، ولكن المشتري من غير المالك يملك بالتقادم الحسمى إذا كان حسن النية . وإذا سبق إلى التسجيل تصرف باطل أو صورى ، فضل عليه التصرف الصحيح النافذ ولو سجل بعد ذلك .

يسبقه أحد ، تنتقل إليه الملكية ، حتى بالنسبة إلى شخص اشترى نفس العقار قبله . فهل هذه القاعدة مطلقة ، أو هي مقيدة بحسن نية المشتري الذي سجل أولاً ؟ يمكن أن نتصور في هذه المسألة حلولاً ثلاثة :

(الحل الأول) أن يشترط في صحة التسجيل أن يكون المشتري حسن النية ، فلا يكون وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق . فإذا كان عالماً به لم يكن حسن النية ، ومن ثم لا يستطيع التمسك بتسجيل منده أولاً .

(والحل الثاني) ألا يشترط حسن النية في التسجيل ، وبكفي اشتراط عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذي سبق إلى تسجيل منده حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، مادام غير متواطئ مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول الذي تأخر في تسجيل منده . أما إذا كان متواطئاً مع البائع ، فإنه لا يستطيع التمسك بتسجيل منده . وهذا الحل يجعل للتسجيل قوة أكبر من القوة التي يجعلها له الحل الأول .

(والحل الثالث) ألا يشترط في صحة التسجيل لاحسن النية ولا عدم التواطؤ . فيفضل المشتري الذي سبق إلى تسجيل عقده ، حتى لو كان وقت أن اشترى عالماً بالتصرف السابق ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع على الإضرار بالمشتري الأول . ويرجع المشتري الأول الذي فاتته ملكية العقار بالتعويض على البائع ، ويرجع على المشتري الثاني أيضاً بالتعويض إذا كان متواطئاً مع البائع . ولكنه لا يستطيع أن يستخلص لنفسه ملكية العقار ، فقد خلصت ملكيته للمشتري الثاني بالتسجيل . وهذا الحل يجعل التسجيل في أعلى مراتبه من القوة ، فيكاد يداني في قوته التسجيل في نظام الشهر العيني . ولا يجوز في هذا الحل الأخير للمشتري الأول أن يظن في البيع المسجل إلا بالدعوى البولصية ، إذا توافرت شروطها . فيجب إذن أن يكون البائع معسراً ، ونفرض لتصور ذلك أنه كان لا يملك إلا العقار الذي باعه ، فلم يعد عنده مال للوفاء بتعويض المشتري الأول . في هذه الحالة يستطيع المشتري الأول ، وهو دائن للبائع بالتعويض ، أن يظن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه . ولكن العقار لا تخلص لملكته للمشتري الأول ، ولا يستطيع إلا أن ينفذ عليه بالتعويض الذي له ، فيأخذ التعويض من ثمنه بعد بيعه في المزاد

الجبرى ، وبزايه فى هذا الثمن دائرو البائع الآخرون وفقاً للقواعد المقررة
فى الدعوى البولصية ، وهكذا نرى أن للتسجيل فى هذا الحل الثالث أكبر
مراتب القوة ، فهو حتى إذا طعن فيه بالدعوى البولصية وأصبح غير نافذ
فى حق المشتري الأول ، لم تخلص لهذا المشتري ملكية العقار ، بل لا يكون له
عليه إلا حق التنفيذ بالتعريض على الوجه الذى قدمناه .

وبخاص من ذلك أن هناك تدرجاً فى قوة التسجيل بحسب الحل الذى يؤخذ
به . فأضعف ما يكون التسجيل عندما يشترط فى صحته حسن نية المشتري . ثم
يتدرج فى القوة إذا لم يشترط حسن النية ، ولكن اشترط عدم التواطؤ . وأقوى
ما يكون التسجيل إذا لم يشترط لا حسن النية ولا عدم التواطؤ ، فلا يبقى
إلا الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا كان البائع معسراً ، ولا تخلص للدائن
ملكىة العقار فى هذه الحالة ، بل لا يكون له إلا حق التنفيذ .

فأى رأى من هذه الآراء الثلاثة هو الواجب الأخذ به ؟ يختلف ذلك
باختلاف العهود الثلاثة : عهد التقنين المدنى السابق وعهد قانون التسجيل وعهد
قانون تنظيم الشهر العقارى .

٢٨٨ - شرط حسن النية فى عهد التقنين المدنى السابق - اهالة :

وقد قدمنا أن رأى الرابح فى عهد التقنين المدنى السابق هو اشتراط حسن النية
فى المشتري لصحة التسجيل ، وبيننا أصانيد هذا رأى ، وأنه يعتمد على نص
محمى فى التقنين المدنى السابق هو نص المادة ٢٧٠/١ من هذا التقنين والجبرى
على الوجه الآتى : « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من قوى
القاعدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد ، متى كانت عقولهم عادية
على سبب صحيح موهوطة قانوناً ، وكانوا لا يعلمون ما يضر بهاء (١) . وذكرونا
أن هذا رأى كان ينازعه رأى آخر يذهب إلى عدم اشتراط حسن النية ،
والاكفاء باشتراط عدم التواطؤ . بل كان هناك رأى متطرف ، مالميث أن

(١) والنص الفرنسى لمسألة لا يعلمون ما يضر بها ، كما قدمنا : qui sont de bonne foi

هجر ، يعتد بالتسجيل إلى أقصى حد ، فلا يهدره ولو كان المشرع سيء النية ، بل ولو كان متواطئاً ، مادام عقد شرائه عقداً جدياً ، فإن كان عقداً صورياً لم يكن له وجود ولا يعتد به حتى لو سجل . ونكتني هنا بالإحالة إلى ماسبق أن بسطناه في كل ذلك (١) .

والرأي الراجع من هذه الآراء الثلاثة ، وهو الرأي الذي يذهب إلى اشتراط حسن النية لصحة التسجيل . ينزل بالتسجيل إلى أضعف درجة من القوة كما سبق القول .

٢٨٩ - شرط حسن النية في عهد قانونه التسجيل : أما في عهد قانون

التسجيل ، فقد استبعد لأول وهلة الرأي الأول الذي يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، حتى يرتفع التسجيل إلى درجة أقوى مما كان عليه في عهد التقنين المدني السابق . وأمكن استبعاد هذا الرأي الأول بحجة من ظاهر النص ، فقد كانت المادة الأولى من قانون التسجيل لا تذكر شرط حسن النية كما كانت المادة ٢٧٠ / ٣٤١ من التقنين المدني السابق لا تذكر هذا الشرط . ثم تأتي المادة الثانية من قانون التسجيل ، وهي التي تعرض للحقوق والأحكام الكاشفة عن الحقوق العينية فتشترط في التسجيل ألا يداخله التدليس ، إذ تقول في الفقرة الثانية منها : « فإذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات ، فلا تكون حجة على الغير ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة إذا داخلها التدليس » . فاستخلص من عدم اشتراط حسن النية في العقود المنشئة واشتراطه في العقود الكاشفة ، أن حسن النية غير مشروط لصحة تسجيل البيع (٢) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٦٩ .

(٢) استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٧٤ ص ٧٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٨ فبراير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٢٣ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٥٢ ص ٦٥ - ١٩ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٩٦ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٣١٤ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٢٧٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٥ - ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٤٤ ص ١٦٠ (وقد اشترط علما الحكم حسن النية لصحة التسجيل) .

ولكن ببقى الرأيان الآخران يتنازعان القضاء والفقهاء . فرأى يذهب إلى أنه إذا كان لا يشترط حسن النية لصحة التسجيل ، فإنه يشترط عدم التواطؤ (١) . ورأى آخر يذهب إلى أن تكون التسجيل قد قضى على نظرية التواطؤ ، فيجب تفصيل المشتري الثانى الذى سجل أولاً ، حتى لو كان سيء النية ، وحتى لو كان متواطئاً مع البائع (٢) .

(١) ويستند أصحاب هذا رأى إلى أنه لما يحاق الدالة ألا يكون للتواطؤ جزاء ، وإلى أنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة فيما يخص فيه قانون التسجيل وهذه القواعد لا تفر الأعمال المنطوية على التواطؤ ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل لم تقصد أن تقول إن هذا القانون قد أراد القضاء على نظرية التواطؤ وإنما قصدت أن تقول إنه قد حسم النزاع فيما يتعلق بحسن النية وسوء النية ، وإلى أنه لا يتفق مع المنطق أن يكون حق المشتري يعقد غير سجل سليماً في مواجهة البائع ثم يصبح بعد تواطؤ الغير مع البائع حقاً مطلوب القوة : حكم الدوائر المحترمة لهكئة استئناف مصر في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٢٣١ ص ٣٠٨ - ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٨ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٥٩٥ ص ١٠٩٢ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ١٣٢ ص ٢٩٢ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ الهامة ١٣ - رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٢٦٢ ص ٩٠٤ - ٢ فبراير سنة ١٩٣٧ الهامة الرسمية ٣٨ رقم ١٣٣ - استئناف مخطوط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩ - ١٢ يناير سنة ١٩٣٣ م ٤٤ ص ١١٠ - ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٧٤ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ١٥ .

وانظر الأستاذ عبد السلام ذهبى في الفنى والتواطؤ والتدليس في التسجيل - الأستاذ أنور سلطان

فقرة ١٨٢ ص ٢١٣ هامش رقم ٣ وص ٢١٦ - ص ٢١٨

(٢) ويستند أصحاب هذا رأى إلى أن قانون التسجيل قد أبقي على نظرية التواطؤ في العمود الكاظمة وأعطى لها في المقود المنشئة ، وإلى أن المذكرة الإيضاحية لقانون التسجيل صرحت بأنه يراد حسم المنازعات المتعددة في الفصل في مسائل حسن النية وسوء النية ، وإلى أن قانون التسجيل لا يخطئ خطوتين لإدخال نظام السجل العقارى فجعل انتقال الملكية بين المتعاقدين مرتبطاً بالتسجيل وحده وقضى على نظرية سوء النية والتواطؤ ، وإلى أن المشتري الثانى يتعاضد مع البائع ولا يزال مالكاً للمبيع ، وإلى أنه لا محل للنسك بالمادة ٢٧٠/٣٤١ مدنى سابق لأن قانون التسجيل قد نص في المادة ١٦ منه على إلغاء كل نص يخالف أحكامه . انظر من هذا رأى : استئناف مصر ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٥٠ ص ٧٥ - ٢٧ مارس سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٢٩٩ ص ٦٣٤ - ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ =

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي الآخر ، وقضت بأنه لا يشترط لصحة التسجيل لا حسن النية ولا انعدام التواطؤ ، فإذا تصرف المالك ، بعد تصرف سابق صدر منه دون أن يسجل ، لشخص آخر ، فإنه يتصرف فيما يملكه ملكاً تاماً . فإذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف إليه الأول ، فقد خلصت له - بمجرد تسجيله - تلك الملكية العينية التي لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف إليه الثاني سيء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف إليه الأول من الصفقة . وإذن فلا مانع من أى إنسان لم يكن عقده مسجلاً ناقلاً الملك فعلاً إليه أن ينازع من آل إليه نفس العقار وسجل عقده من قبله مدعياً أن له حقة عينياً على العقار يحنج به عليه ، كما أنه لا يقبل مطلقاً الاحتجاج على صاحب التمسك المسجل الذى انتقلت إليه الملكية فعلاً بتسجيله لا بسوء نية المتصرف ولا بالتواطؤ (١) . فارتفعت محكمة النقض ، بهذا

= رقم ٢٢٠ ص ٧٠٦ — استشار أسبوط ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٤ .

وأظهر الأستاذين أحمد نجيب الملاى وحامد زكى نقرة ٤٦٩ — الأستاذ أحمد أمين فى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ص ٧٢٩ .

وأظهر فى عرض الرأيين : الأستاذ أنور سلطان نقرة ١٨٢ — الأستاذ محمد على إمام نقرة ١٦٩ ص ٢٧٨ — ص ٢٨٢ — الأستاذ محمد كامل مرسى فى شهر التصرفات نقرة ١٦٥ وما بعدها — الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي نقرة ١٠٣ ص ١٦٥ — ص ١٦٧ — الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٧٣ — ص ١٧٦ — الأستاذ عبد المعصم البدر اوى نقرة ٢١٤ — نقرة ٢١٧ .

(١) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٨ ص ٩٧٥ . ويقول نفس الحكم أيضاً ما يأتى : « ولا يجوز التحدى بمباراة سوء النية أو حسنها أو العلم أو عدم العلم المشار إليهما بالمادة ٢٧٠ وغيرها من مواد القانون المدنى ، لأن هذه المادة مؤسسة على مبدأ القانون المدنى الذى كان يرتب نقل ملكية المبيع بين المتعاقدين على مجرد الإيجاب والقبول ، وهذا المبدأ قد قضت عليه النقرة الأخيرة من المادة الأولى من قانون التسجيل قضاء نهائياً ، كما نصت المادة ١٦ من هذا القانون على إلغاء كل نص يخالفه ، وإذن فنلك المادة (٢٧٠) قد نسخها قانون التسجيل ولم يعد حكمها باقياً ، والدعوى ابولسية المشار إليها بالمادة ١٤٣ من القانون المدنى هى دعوى شخصية يرفعها دائن لإبطال تصرف مدينه الحاصل بطريق التواطؤ للإضرار به وحرمانه من إمكان التنفيذ بدينه على الملك المتصرف فيه والذى كان يعتمد عليه الدائن لضمان استداده بحقوقه ، وليس من نتائج هذه الدعوى تثبيت ملكية المدعى لما يطلب إبطال التصرف فيه » .

الرأى الذى اعتنقته ، بالتسجيل إلى أعلى مرتبة من القوة . ولكن لا يفهم من قضائها
 هذا أن المشتري الأول ، الذى تواطأ البائع والمشتري الثانى على الإضرار بحقه ،
 يصبح محروماً من الحماية . لا يستطيع هذا المشتري حقاً أن يتعرض للتسجيل
 فيبطله للتواطؤ . ولكن يستطيع أن يطالب البائع بتعويض وبتقاضاه مما عنده
 من مال ، إن كان البائع موسراً . فإذا كان معسراً وكان البيع المسجل هو الذى
 سبب الإعسار أو زاد فيه ، جاز للمشتري الأول أن يطعن فى البيع المسجل
 بالدعوى البولصية ولكن لا لتثبيت ملكيته فى العقار المبيع ، بل للتنفيذ عليه
 بالتعويض المستحق له (١) ، وبزاحمه فى ثمن العقار دائنو البائع الآخرون على
 النحو الذى قدمناه (٢) .

= وانظر أيضاً : نقض مدنى ٦ أبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٧ ص ٢٠٧ -
 ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣ ص ١١٣ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة
 عمر ٥ رقم ٢١٦ ص ٧٠٧ - ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٦ ص ٢٣٠ .
 استئناف مصر ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٩ الحاماة ١٠ رقم ١٥٣ ص ٣٠٥ - ١٩ فبراير
 سنة ١٩٣٠ الحاماة ١١ رقم ١٤١ ص ٢٥٤ - ٢ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٢٥٤
 ص ٧١٣ - استئناف اسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢١٥ -
 وقارن : نقض مدنى ٧ مايو سنة ١٩٢٦ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٨ ص ١١٠٣ .

(١) قارن الأستاذ أنور سلطان بقرة ١٨٢ ص ٢١٨ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط فى هذا المعنى بأنه يجوز للمتصرف إليه الأول بمقتضى
 غير مسجل أن يرفع دعوى عدم نفاذ العقد الثانى المسجل ، إذا توافقت شرائط الدعوى البولصية ،
 على اعتبار أنه دائن عادى من حقته أن يبطل التصرف المفسد لمدينه ليستعيد استرداد الثمن الذى
 دفعه أو الحصول على التعويضات التى يستحقها . على أنه يلاحظ أن الدائن من هذه الدعوى لا يمكن
 أن يكون بطلان التصرف الثانى ليرحل بمجه التصرف الأول غير المسجل ، فإن الدعوى إذا كانت
 تهدف إلى هذا الدائن تخبر تحايلاً على مخالفة قانون التسجيل ، فضلاً عن أن الدعوى البولصية فى
 الواقع لا تهدف إلى بطلان التصرف ، وإنما تهدف إلى الحد من ضرر الدائن الذى يتضرر
 من أثر التصرف فى حال عديته . فإذا وجد فى هذا المال ما يبقى بدينه زالت المحكة فيها وأصبحت
 غير مقبولة ، وعلى الدائن ساعته بدائن واحد بل يستطيع جميع الدائنين العاديين أن يشتركوا فيها
 بأن يتناسوا المال الذى يرجع إلى الدينهم (٣ يونيو سنة ١٩٤٨ المجموعة الرسمية ٤٩ رقم ٢
 ص ٤٧) . ثم قضت محكمة النقض أخيراً بأنه إذا توافقت الشروط المقررة للطعن بالدعوى
 البولصية ، فإن مدعى عدم نفاذ العقد الثانى ملكية الدائن المتصرف فيها ، وإن البائع ، ويكون من حق
 المشتري الذى يسجل بمقتضى بطلان العقد الثانى بالتنفيذ عليها جبراً استيفاء لدينه . وليس من شأن
 هذا التنفيذ أن يبرر هذا المشتري الدائن عقد الابتدائى ومطالبته الحاكم بصحته ونفاذه ، بل

ولم تنهلر محكمة النقض العقد الذى سجل أولاً فى حالة ما يكون عقداً
صورياً ، فهو عند ذلك لا وجود له ولا يعتد به (١) .

= لأن الملكية تكون قد انتقلت بالتسجيل إذ بشرى الذى سجل عقده محملة بحق المشترى الذى
لم يسجل بوصفه دائناً للبائع ، وليس لدائر فى مقام التنفيذ بحيث أن يطالب بملكية العقار الذى
يجرى عليه التنفيذ (نقض مدنى ٢ يونيو سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٥٨
ص ١١٨٥) . وقضى نفس الحكم بأنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن طلبات المشترى الذى لم
يسجل عقده أمام محكمة الموضوع قد تحددت بصفة أصلية واستقرت على التمسك بطلب إبطال
التصرف الصادر من البائع إلى المشترى الذى سجل عقده تأسيساً على المادة ١٤٣ من القانون المدنى
للقديم ، فإن إضافته إلى ذلك طلباً آخر هو الحكم بصحة ونفاذ عقده ليس من شأنه إهدار الطلب
الأصل فى الدعوى وهو إبطال التصرف المؤسس على الدعوى الولصية ، وتكون المحكمة إذا
اعتبرت الدعوى مفاضلة بين عقدين لجرده هذه الإضافة ، وأعلنت حكمها على ما بين الطرفين من
تفاوت فى الأثر القانونى لكل منهما دون أن تعرض لبحث طلب إبطال التصرف استقلالاً ، قد
خالفت للقانون (نفس الحكم السابق) . وكانت محكمة النقض قد قضت قبل ذلك بأنه لا يجوز
الجمع بين دعوى تثبيت الملكية فى العين المشتراة والدعوى الولصية ، لأن كلا من الدعويتين تتناقض
مع الأخرى (نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٦ ص ٢٠٦) .

وقد سارت محكمة النقض الإيطالية إلى مدى أبعد من هذا ، فلم تسمح حتى برفع الدعوى الولصية
على النحو الذى بسطناه ، بدعوى أن المشترى ليس له حق شخصى محض ، بل هو حق شخصى يربو
إلى تمكك المبيع ، فأل هذا الحق هو أن يعدر حقاً عينياً . والدعوى الولصية لم تشرع إلا لحماية
الحقوق الشخصية التى لا يقدم بها الحصول على الملكية ، فلا يكون المشترى إلا مطالبة البائع
بالمثل المدفوع له من المشترى الثانى إذا وءد ر ماله (أنظر الحكم منشوراً فى مجلة مصر المعاصرة
سنة ١٩١٨ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ - والحكم منتقد من بعض فقهاء القانون الإيطالى - أنظر
مقالاً للأستاذ كاديمنوس فى مجلة مصر المعاصرة سنة ١٩١٨ ص ٤٠٧ - برناردى فى مجلة
مصر المعاصرة سنة ١٩٢٢ ص ٢٠١ . وانظر الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكى
فقرة ٢٧٢ ص ٢٧٤ هامش رقم ١) .

أما محكمة النقض الفرنسية فتتضى بأن التواطؤ يبطل التسجيل ، وتفضل المشترى الأول
المتأخر فى التسجيل على المشترى الثانى الذى سجل أولاً إذا كان هذا المشترى الثانى قد توطأ
مع البائع ، ولا يكفى أن يكون سيرة البية (نقض فرنسى ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٠ والفرز
١٢ يولية سنة ١٩٥٠ ص ٤٤٩) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشترى إلا بتسجيل عقده
شرائه ، لا يحوّل دون نقل الملكية - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون المشترى
عالمًا بأن الساع له أو مورثه سق أن تصرف فى المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده ، ما لم يثبت
أن عقد المشترى المسجل هو عقد صورى . ولا ينتج فى إثبات هذه الصورية مجرد علم هذا المشترى
وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل الوارد على ذات المبيع (نقض مدنى ٢١ ديسمبر
سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٢٥٢) - وانظر أيضاً : نقض مدنى -

إذا كانت محكمة النقض ، بقضائها هذا ، مدبرة إلى تحصين التسجيل كل طعن وتقويته إلى حد يجعله يقرب من قوة التسجيل في نظام السجل . رى ، فقد تكون بذلك قد سارت إلى مدى أبعد مما يحتمله نظام الشهر الشخصى الذى لا تزال فيه حتى اليوم . ففى نظام السجل العقارى يصل التسجيل إلى هذه المرتبة من القوة ، لأن هناك ضمانات قوية لصيقة بهذا النظام بأمن بها المتعاملون من أن تضع عليهم حقوقهم . فلا يسجل عقد قبل أن تتحرى صحته إلى أبعد حدود التحرى ، وقبل أن تفحص التصرفات السابقة عليه فحوصاً دقيقاً ، ثم يعرض من يضار بهذا النظام تعويضاً تكفله خزانة السجل العقارى ذاتها . أما وهذه الضمانات لا تزال تعوز النظام الشخصى القائم ، فلا نرى بدأ من الاعتداد بالتواطؤ إذا داخل التسجيل ، فيبطل التسجيل إذا أثبت المشتري الأول أن المشتري الثانى الذى سبقه إلى التسجيل كان متواطئاً مع البائع (١) . وفى رأينا أن خير طريق للحصول إلى هذه النتيجة هو الطعن فى البيع المسجل المدعى بالبطلية ، ولكن لا على النحو الذى تدعى إليه محكمة النقض ، بل على نحو خاص منصوص إليه فيما يلى (٢) .

٢٩٠ - شرط حسن النية فى ثابته تنظيم الشهر العقارى :

كانت اللجنة التى قامت بوضع مشروع قانون تنظيم الشهر العقارى تواجه

سنة ٢٠ أكتوبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١٢٥ من ١٠٤ - ١ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٦٧ من ١٨٢ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٠ من ١٢٠ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٨٨ من ٢٢٤ - ١ يونيو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٤ رقم ٩١ من ١٨٨ - ١٩٠٠ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٢٩ من ١٢٢ - ١٧ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٤٨ من ٨٠٩ - أول ديسمبر سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ١١٠ من ١٤٣٦ - ٧ يونيو سنة ١٩٥٦ مجموعة النقض ٧ رقم ٩٧ من ٢٠١ .

(١) الأستاذ عبد السلام ذكى فى التمهيد ص ٤٩ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال ومحمد زكى فى فقرة ٢٧٢ - الأستاذ أنور سلطان فى فقرة ١٨٢ من ١١٧ - الأستاذ محمد الفتاح فى الباقى فقرة ١٠٢ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ١٢٦ - استئناف خباط ٢٨ دية بر سنة ١٩٤٧ م ٥٠ من ٧١ - ٨ فبراير سنة ١٩٣١ م ٥٠ من ١٢٢ .
(٢) أنظر ما يلى فقرة ٢٩٠ فى نفس الفقرة . وأنظر التوسيل ١ فقرة ٨٨ من ١٠٣٠ ومماشى رقم ٩ .

الرأين اللذين يتنازعان الفقه والقضاء في هذه المسألة : الرأى الذى يذهب إلى أنه : شرط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، والرأى الذى يذهب إلى أن التسجيل يكون صحيحاً ولو مع التواطؤ مع الاحتفاظ بالدعوى البولصية ودعوى الصورية وهو الرأى الذى ساد فى العمل أخيراً بعد أن أخذت به محكمة النقض كما رأينا . وقد وصف أحد أعضاء هذه اللجنة الخلاف الذى قام بين الأعضاء فى هذا الصدد فى العبارات الآتية : « وفى أثناء مناقشة هذا الموضوع انقسم أعضاء اللجنة إلى فريقين . يرى الفريق الأول أن يطبق المبادئ العامة على اعتبار أن التدليس يفسد كل شيء . بينما يرى الفريق الآخر الأخذ بالحكم الذى أصدرته محكمة النقض من أن التدليس لا يفسد المحررات المنشئة للحقوق العينية العقارية الأصلية مع تعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات الأخرى ، خصوصاً وأن قانون الشهر قد أخذ بمادة إجراءات نظام السجل العيني فيما عدا إمساك السجل ، والسجل العيني لا يعترف بالتدليس كعيب يترتب عليه إلغاء التسجيل . وأضاف الفريق الثانى إلى ذلك أننا يجب أن نتخذ إجراء حاسماً يعطى للتسجيل قوته وحجيته ، ولا داعى للتردد الذى كان سبباً فيما شاب قانون سنة ١٩٢٣ من عيوب جعلته غير صالح لاعتباره الخطوة التمهيدية لنظام السجل العيني . أضف إلى ذلك أن حكم محكمة النقض صريح فى هذا المعنى . وقد استمرت مناقشات اللجنة طويلاً ، إلى أن انتهى الرأى إلى أن حكم محكمة النقض صدر بالمعنى الوارد به نصراً للخرج الذى كانت (المحكمة) أمامه من وجود نص صريح على التدليس فى المادة الثانية وعدم وجود هذا النص فى المادة الأولى . ولذلك فلا يمكن أن يعتبر هذا الحكم معبراً عن وجهة نظر القضاء كمصدر من مصادر التشريع ، فيقال إن محكمة النقض ترى فى أى الأحوال ألا يكون للتدليس أثر على تسجيل المحررات . ولذلك رأت اللجنة أن تزيل هذا الخرج ، فلا تنص على التدليس فى المادة التاسعة من قانون تنظيم الشهر العقارى التى تقابل المادة الأولى من قانون سنة ١٩٢٣ ، كما تزيل النص على التدليس فيما يلى ذلك من المواد التى تقابل المادة الثانية من القانون القديم . وعلى هذا الأساس صدر قانون الشهر العقارى غنلاً من النص على التدليس فى أى مادة من مواده ، أى أن المشرع ترك ذلك للمبادئ العامة عند عرض

الأمر على القضاء (١) .

ويبدو أن اللجنة - عن قصد أو عن غير قصد - قد رجحت الرأي القائل بأن التواطؤ يفسد التسجيل على خلاف الرأي الذي أخذت به محكمة النقض . فقد انتزعت من النصوص أقوى حجة لهذه المحكمة تستند إليها من ناحية النص في أن التواطؤ لا يعتد به في العقود المنشئة . ذلك أن قانون التسجيل كان يحمل في نصوصه هذه الحجة القوية ، إذا كانت المادة الثانية تنص صراحة على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، ونسكت المادة الأولى عن هذا النص في عقود المنشئة ، فيسهل استخلاص أن التدليس لا يفسد التسجيل في العقود المنشئة عن طريق الدلالة العكسية . فأغفل قانون تنظيم الشهر العقاري المادة العاشرة منه على أن التدليس يفسد التسجيل في العقود الكاشفة ، كما أغفل النص على ذلك أيضاً في المادة التاسعة في العقود المنشئة ، فلم يعد من المستطاع استخلاص فساد التسجيل بالتدليس عن طريق الدلالة العكسية في طائفة من العقود دون الأخرى ، وأصبح أثر التدليس في التسجيل واحداً في الطائفتين معاً ، ومركولاً أمره للمبادئ العامة على النحو الذي قصدت إليه اللجنة . ويقوى الظن بأن اللجنة ترجح أن يكون التواطؤ مفسداً للتسجيل عندما نرى أن قانون الشهر العقاري لم يلتزم السكوت عن هذه المسألة ، ولم يصدر كما قبل غفلاً من النص على التدليس في أية مادة من مواده . فقد نص ، في صدد تسجيل الدعاوى ، في المادة ١٧ منه على أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤثر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » . ولما كانت المادة ١١ من قانون الشهر تنص على الدعاوى الواجب تسجيلها وتدخل فيها

(١) الدكتور محمود شوق في الشهر العقاري علماً وعملاً ص ٢١٢ - ص ٢١٣ - وورد في مادة الإيجارية مشروع قانون الشهر العقاري : « وفي صدد التدليس لم ير محل للنص عليه ، لا بالنسبة إلى التصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة إلى التصرفات المنشئة للحقوق ، لا كإثبات بل كإثبات أحكام التواضع العامة في هذا الشأن » .

دعوى صحة التعاقد ، فقد خلص من ذلك أن التسجيل السابق على تسجيل دعوى صحة التعاقد لا يكون حجة على رافع هذه الدعوى بعد أن سجل صحيفة دعواه إلا إذا كان صاحب التسجيل السابق حسن النية . فإذا سجل المشتري الثانى عقده ، ولم يجد المشتري الأول مناصاً من رفع دعوى صحة التعاقد على البائع ، وسجل صحيفة الدعوى بعد تسجيل عقد المشتري الثانى ، فله أن يحتج على المشتري الثانى بأنه لم يكن حسن النية عندما اشترى . والمفهوم أن حسن النية هنا معناه أن المشتري اسى كان يعلم وقت أن اشترى بصدور تصرف سابق من البائع فى نفس المزار . وبمخلص من كل ذلك أنه يمكن أن يستنتج من الجمع بين المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الشهر أن حسن النية ، بالمعنى الذى كان مفهوماً فى التقنين المدنى السابق ، مشروط لصحة التسجيل .

ولعل واضعى قانون الشهر العقارى لم يقصدوا إلى تقرير هذا الحكم ، فهم إنما قصدوا ترك المسألة إلى المبادئ العامة بعد أن انتزعوا من أصحاب الرأى القائل بأن التواطؤ لا يفسد التسجيل أقوى حجة لهم من ناحية النصوص . وقد كان من الخير ، فى مسألة هامة كهذه المسألة اضطربت فيها الآراء وقررت فيها محكمة النقض حكماً خطيراً قد يكون محلاً للنظر ، أن يحسم قانون الشهر الخلاف فيها ، فبين الحكم الذى ينتهى إليه تطبيق المبادئ العامة بدلاً من ترك الأمر للفقهاء والقضاء ليعود الخلاف والاضطراب .

وقد وقع هذا فعلاً ، فعاد الخلاف بعد صدور قانون الشهر . وتنازع الفقهاء الرأىان اللذان كانا يتنازعانه قبل قانون الشهر ، فرأى يذهب إلى أن التواطؤ يفسد التسجيل ، ورأى آخر يذهب إلى أنه لا يفسده . بل إن الخلاف قد زاد برجوع رأى ثالث كان قانون التسجيل قد قضى عليه ، وهو الرأى الذى يذهب إلى أن سوء النية وحده يكفى لإفساد التسجيل إذ حسن النية مشروط لصحته ، وقد رأينا كيف يستطيع هذا الرأى أن يستند إلى نصوص قانون الشهر فى مادتيه الخامسة عشرة والسابعة عشر .

وأمام هذا الخلاف لا يسعنا إلا أن نتخذ الموقف الذى نعتقد أنه هو المتفق مع المبادئ العامة ، كما قصد إلى ذلك واضعو قانون الشهر . ومن ثم ينبغي استبعاد الرأى الذى يذهب إلى اشتراط حسن النية فى التسجيل واستبعاد الرأى

الذي يذهب إلى أن التواطؤ لا يفسد التسجيل ، والوقوف عند الرأي الذي يذهب إلى أن حسن النية ليس مشروطاً لصحة التسجيل ولكن التواطؤ يفسده .
أما أن حسن النية لا يشترط لصحة التسجيل فلأنه لا يمكن أن يكون واضحاً قانون الشهر العقاري قد قصدوا إلى ذلك ، فكل ما قصدوه هو ترك المسألة للمبادئ العامة (١) . وليس من المصلحة الرجوع في خطوة خطأها قانون التسجيل عندما قضى على شرط حسن النية فدعم نظام التسجيل وقواه بازالته عاملاً

(١) والواقع أن واضعي قانون الشهر العقاري قد جاوزوا الغرض الذي قصدوا إليه عند ما نقلوا المادة ٢/١٧ من المادة ٢/١٢ من قانون التسجيل فقد كانت الفقرة الثانية من المادة ١٢ من قانون التسجيل تنص على ما يأتي : « وتبقى حقوق الغير المكتسبة قبل التسجيل أو التأثير المشار إليهما خاضعة للنصوص والمبادئ السارية وقت اكتسابها » . وكانت النصوص والمبادئ المشار إليها في هذا النص نصوص التقنين المدني السابق ومبادئه ، وهذه كانت تقتصر على حماية الدائن المرتهن حسن النية إذا استمد حقه من شخص زالت ملكيته بأثر رجعي ، فبقى هذا الحق بالرغم من الأثر الرجعي ما دام مقيداً قبل تسجيل صحيفة الدعوى . أما غير الدائن المرتهن ، كمشتر من زالت ملكيته بأثر رجعي أو مشتر من غير مالك أصلاً ، فلم يكن يحميه نص قانون التسجيل حتى لو كان قد سجل مسنده قبل تسجيله صحيفة الدعوى وكان حسن النية . ونقل قانون الشهر هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ١٧ منه على الوجه الآتي : « ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذي كسب حقه بحسن نية قبل التأثير أو التسجيل المشار إليهما » . فمثل حمايته ، لا الدائن المرتهن فحسب ، بل أيضاً المشتري وكل من كسب حقاً عينياً على العقار كان يهدده الأثر الرجعي لزوال الملكية ، وذلك إن وقت تسجيل صحيفة الدعوى . واشترط لحماية هؤلاء أن يكونوا حسن النية ، أي غير عالمين وقت أن كسبوا حقوقهم بما يبدد ملكية سلفهم من زوال بأثر رجعي .

فلما أضاف النص إلى دعاوى زوال الملكية بأثر رجعي دعاوى الاستحقاق ودعاوى صحة التعاقد ، أدخل في زمرة الأشخاص الذين تشملهم الحماية أشخاصاً من نوع آخر . فهؤلاء الآخرون لا يستمدون حقوقهم من مالك يتسبب ملكيته الزوال بأثر رجعي ، بل يستمدونها من غير مالك أصلاً في حالة دعاوى الاستحقاق ، ومن مالك سبق له التصرف في ملكه في حالة دعاوى صحة التعاقد . فكان ينبغي أن يعامل كل بما يقتضيه مركزه . أما من يستمد حقه من غير مالك أصلاً ، فلا يحمي ولو كان حسن النية ، إلا إذا استمد حقه من شخص يستطيع أن يملكه ولو كان هو نفسه غير مالك وذلك كالمشتري بعقد صوري وكالوارث الظاهر كما سبق القول (أنظر آنفاً فقرة ٢٦٣ في الهامش) . وأما من يستمد حقه من مالك سبق له التصرف في ملكه فيحتمل ولو كان سيئ النية - أي يعلم بالتصرف السابق - لأنه استمد حقه من مالك لا يحدد ملكيته لزوال ، مالم يكن متواطئاً مع هذا المالك (تبارك في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في عقد الإيجار فقرة ١٢٢ من ٢٠٥ هامش رقم ٣ - البيع والإيجار لنفس المؤلفات فقرة ٢١١ من ٢٨٦ هامش رقم ١) .

من عوامل الاضطراب والزعزعة في الثقة العقارية . إذ أن حسن النية مسألة
نفسية ، والعلم بسبق التصرف أمر دقيق يصعب في كثير من الأحيان إثباته ،
ولكنه يبقى سيفاً معلقاً يهدد سلامة التسجيل ، بخلاف التواطؤ فإن أماراته
الخارجية تكون عادة كثيرة فبسهل إثباته ويكون واجب الردع والجزاء .
فتانون الشهر العقاري ، وهو خطوة إلى الأمام بالنسبة إلى قانون التسجيل ،
لا يصح أن يتخلف عن هذا القانون في مسألة على هذا القدر من الأهمية .
وليست الحجة المستمدة من الجمع بين نص المادة ١٥ ونص المادة ١٧ من قانون
الشهر بالحجة الحاسمة ، ومن البعيد أن يكون واضعوا هذا القانون قد قصدوا
ما يراد استخلاصه من هذين النصين . فمن يبادر إلى تسجيل سنده ، وسبق
في ذلك رافع الدعوى في تسجيل صحيفة دعواه ، يجب أن يكون حسن النية
حتى يستطيع أن ينجح بتسجيله السابق على رافع دعوى البطلان أو الفسخ
أو الإلغاء أو الرجوع أو الاستحقاق أو صحة التعاقد . أما حسن نية المشتري
بالنسبة إلى هذه الدعاوى دون دعوى صحة التعاقد (١) ، فيجب أن يكون عدم
العلم بعيب سند البائع وقت تعاقد المشتري في دعوى البطلان والفسخ والإلغاء
والرجوع ، أو عدم العلم بانعدام هذا السند بنائاً في دعوى الاستحقاق . وتبقى
دعوى صحة التعاقد ، ويجب بالنسبة إلى هذه الدعاوى ألا يكون مجرد علم المشتري
بسبق التصرف في الذي اشتراه نائياً لحسن النية . فالتصرف السابق غير مسجل
ولا يزال البائع مالكا لما يبيع ، ومن حق المشتري أن يشتري من المالك ولو سبق
للمالك التصرف ، فمقد يكون هذا التصرف معيباً ، والمالك على كل حال
لم يتجرد عن ملكيته . وقد قطعت محكمة النقض ، بعد صدور قانون الشهر
العقاري ، في هذه المسألة ، فتمضت بأن « العيب سبب النية في معنى الفقرة الثانية
من المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقاري رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ هو الذي
كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقد معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير
مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه . أما من يتعامل

(١) وقد كانت المادة ١٧ من قانون الشهر تتضمن فقرة ثالثة تعرف حسن النية بوجه عام
ثم حذفت ، فأصبح القضاء حراً في تحديد حسن النية في الحالات المختلفة ، كل حالة بما يلائمها
(أنظر آنفاً فقرة ٢٠٢ في الخامس) .

مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف في العقار المبيع تصرفاً انتقلت به الملكية ، فلا يعتبر صبيء الذبة في معنى المادة المذكورة ، لأنه في هذه الحالة قد تعامل مع مالك - باني - نشوب ملكيته شائبة ، ولو كان يعلم وقت تعاقدته معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتري سابق لم يسجل عقده . ذلك أنه وفقاً للمادة التاسعة من القانون السالف الذكر يجب شرح جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، ويترتب على عدم التسجيل أن الحزب المشار إليه لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم ، ولا يذكرون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن . فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون لا يصح إهدار سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استناداً إلى الفقرة الثانية من المادة ٧٧ من القانون المشار إليه ، وإنما يجوز الطعن في عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية متى توافرت شروطهما (١) .

ونرى من الحكم السالف الذكر أن محكمة النقض ، حتى بعد صدور قانون تنظيم الشهر العقاري ، لا تزال مصرّة على المبدأ الذي قرره في عهد قانون لتسجيل من أن التواطؤ لا يفسد العقد المسجل ، وأنه لا يجوز الطعن في هذا العقد إلا بدعوى الصورية أو بالدعوى البولصية على النحو الذي بسطناه . وقد قضت في هذا المعنى أيضاً بأنه وفقاً لنص المادة ٩ من قانون الشهر العقاري لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري إلا بتسجيل عقد شرائه ، ولا يحول دون انتقالها إليه أن يكون عالماً بأن البائع له أو مورثه سبق أن تصرف في المبيع ذاته لمشتري آخر لم يسجل عقده . ولا يحول دون انتقال الملكية لمشتري الثاني الذي سبق في التسجيل إلا كون عقده صورياً . وأنه لا ينتج في إثبات تلك الصورية مجرد علم المشتري وقت شرائه بالتصرف السابق غير المسجل (٢) .

(١) نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٢٨ ص ٨٥٦ .
(٢) نقض مدني ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥٤ ص ٣٥٢ —
وانظر أيضاً : نقض مدني ٧ يونيو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٩ ص ٩٤٤ —
٢٩ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧٦ ص ١١٣٨ — ٤ مارس سنة ١٩٥٤
مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩١ ص ٥٧٢ — ٣ فبراير سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام =

وهذا الرأي يجب أيضاً استبعاده لتطرفه في الناحية الأخرى ، كما استبعدنا
الرأي الأول الذي يتطرف في اشتراط حسن النية لصحة التسجيل (١) . ومهما يكن

= النقض ٦ رقم ٧٥ ص ٥٨١ - أول دب - سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢١٠
ص ١٥٢٦ - ١٤ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض رقم ١٩ ص ١٥٣ .
(١) والفق المصرى ، بعد صدور قانون الشهر العقاري ، منقسم ، ولكن السكينة العامة
تقر محكمة النقض فيما ذهبت إليه .

يرى الأستاذ أنور سلطان (فقرة ١٨٣) وجوب حسن النية لصحة التسجيل ، فيمكن لاشترار
المشتري الثاني سبب النية أن يكون عالماً بالتصرف الأول ولا يشترط توافقه مع البائع ، ويستند
في ذلك إلى نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر .

ويرى الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي (فقرة ١٠٥ - ١٠٧) أن حسن النية لا يشترط
لصحة التسجيل ، ولكن يشترط عدم التواطؤ ، فتواطؤ المشتري الثاني مع البائع يفسد التسجيل
ويجعله غير نافذ في المشتري الأول .

وسائر الفقهاء بعد ذلك يقرون محكمة النقض ، من الناحية العملية على الأقل . فيذهب الأستاذ
محمد علي إمام (فقرة ١٧٧ ص ٢٩٨ - ص ٢٩٩) إلى أن التسجيل إذا أفسد التواطؤ
من الناحية القانونية ، فهو صحيح من الناحية العملية دعماً لقوة التسجيل . وكذلك ينسب
الأستاذ عبد المنعم البدر (فقرة ٢١٨ - فقرة ٢١٩) إلى أن الاستناد بالتواطؤ صحيح
من الناحية النظرية ، وغير صحيح من الناحية العملية ، وعلى أساس الناحية العملية يؤيد قضاء
محكمة النقض . ويرى الأستاذ جميل الشوقري (البيع ص ١٨٠ - رسالة البطلان فقرة ٤ ،
وهامش ص ١٥٧) صحة التسجيل ولو مع التواطؤ ، باعتبار أن التسجيل عنصر في إثبات
الحق العقاري استلزامه القانون استلزماً مطلقاً بحيث لا تحمل عنه وسيلة أخرى لتكوين دلالة له
المثبت لحق العقاري المراد الاحتجاج بوجوده . ويرى الأستاذ منصور ، مسبق منصور (نشر
٧٢ ص ١٢٥ - ١٢٦) أن اشتراط حسن النية وإن كان يتفق مع عبارة المادة ١٧ من
قانون الشهر ، إلا أنه يتضح من مذكرة هذا القانون ومن مناقشات اللجنة التي وضعت أن التشريع
لم يشأ أن يفصل في هذه المسألة ، وأن القول بأن التواطؤ يفسد التسجيل لا يتفق مع الاتجاه الذي
يسير نحوه المشرع المصري من الأخذ بنظام التسجيل العيني . ويخلص إلى القول بأن اتجاه محكمة
النقض هو الذي سوف يستقر ، ويمكن أن تكون محكمة النقض قد أخذت برأي في مسألة هذا التطرف
حتى تسير معها المحاكم الأخرى ، وخصراً أن هذا هو الرأي الذي استقر قبل قانون الشهر
العقاري . ويقر الأستاذ إسماعيل غانم (مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ٩٢ - ص ٩١)
محكمة النقض على ما ذهبت إليه .

ويقول الأستاذ سليمان سرفس (منذ الإيجار فقرة ١٢٢ ص ٢٠٤ هامش رقم ٣ - البيع
والإيجار فقرة ٢١١ ص ٢٨٩ هامش ١ - وأنظر أيضاً الأستاذ محمد علي عرفة في أسباب
كسب الملكية سنة ١٩٥٤ فقرة ١٩٩ ص ١٢٤) إن شرط حسن النية المذكورة في الفقرة
الثانية من المادة ١٧ من قانون الشهر منصور على دعاوى الطعن في تصرفات مدونة =

من شفيع للرأى الذى تصر عليه محكمة النقض من وجوب دعم نظام التسجيل تمهيداً لإدخال نظام السجل العقارى فى مصر ، فانه رأى تناهضه الاعتبارات العلمية ، ولا تنفص به الاعتبارات العملية .

أما الاعتبارات العلمية فترجع إلى نصوص قانون الشهر العقارى ذاته ، ثم إلى المبادئ العامة التى وكل هذا القانون الحكم فى المسألة إليها . فنصوص قانون الشهر العقارى قد انتزعت منه الحجة القوية التى كانت محكمة النقض تستند إليها فى قانون التسجيل ، عندما كان هذا القانون الأخير يشترط عدم التدليس فى العقود الكاشفة ويسكت عن هذا الشرط فى العقود المنشئة . فجاءت نصوص قانون الشهر خلوا من هذا التمييز ، فلم يعد من المستطاع أن يستخلص من هذه

== ية - عليها فسخ أو بطلان أو إلغاء انتصرف بأثر رجعى من وقت حصول التصرف ، فجاء شرط حسن النية للحد من هذا الأثر الرجعى بالنسبة إلى الغير حسن النية ، فلا يرجع الأثر إلا إلى وقت تسجيل صحيفة الدعوى . ويذهب إلى أن المشرع بإضافته إلى هذه الدعاوى دعوى الاستحقاق ودعوى صحة التعاقد تزيد دون مبرر . وفى دعوى الاستحقاق المرفوعة من المالك الحقيق ضد الحائز للعقار يكون الحكم للمالك بالاستحقاق نافذاً فى حق من اشترى من الحائز، ولو كان هذا الأخير حسن النية وسجل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى الاستحقاق . وفى دعوى صحة التعاقد المفروض أن تسجيل عقد المشتري الثانى قد نقل إليه ملكية المبيع وجرد البائع منها . فصار وفاء هذا بالتزام نحو المشتري الأول وفاء عينياً غير ممكن ، فيمتنع الحكم بصحة التعاقد ونفاذه ، ولا يبقى إلا الحكم بالتعويض .

وما يقوله الأستاذ سليمان مرقس من أن شرط حسن النية جاء ليحد من الأثر الرجعى لبطلان التصرف أو فسخه هو قول صحيح . وما يقوله من أن شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق لا محل له ، أت من أنه تصور دعوى الاستحقاق فى صورتها المألوفة . ولكن الصورة التى يتصور فيها شرط حسن النية فى دعوى الاستحقاق هى عندما يكون الحائز وهو غير مالك يستطيع أن يملك الغير ، كما هى الحال فى المشتري بعقد صورى وفى الوارث الظاهر (انظر آنفاً فقرة ٢٦٢ فى الهامش) . أما ما يقوله من أن شرط حسن النية لا محل له من الناحية العملية فى دعوى صحة التعاقد فقول فى حاجة إلى الاستقصاء . ذلك أن المثل الذى أتى به يمكن أن يثير شرط حسن النية هل الوجه الآتى : يقيم المشتري الأول دعوى صحة التعاقد على البائع ، ويدخل فى الدعوى المشتري الثانى الذى سبق إلى تسجيل سنده قبل تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . فإذا احتج المشتري الثانى بسيفه إلى التسجيل حتى يحول دون الحكم بصحة التعاقد ، دفع المشتري الأول ببطلان التسجيل لتواطؤ المشتري الثانى مع البائع . فإذا استطاع إثبات التواطؤ ، وكانت المحكمة من رأيها أن التواطؤ يفهم التسجيل ، فلا مانع من الحكم للمشتري الأول بصحة التعاقد ، وتسجيل هذا الحكم ينقل إليه هو ملكية العقار .

النصوص عن طريق الدلالة العكسية ، كما استخلص قبل ذلك من نصوص قانون التسجيل ، أن التدليس لا يفسد التسجيل ، وقد سبق بيان ذلك . هذا إلى أن نصوص قانون الشهر لم تقتصر على انتزاع الحجة للرأى الذى ذهبت إليه محكمة النقض ، بل هى أيضاً قد جعلت مكانها حجة على هذا الرأى . فقد رأينا أن هذه النصوص تشترط فى الفقرة الثانية من المادة ١٧ حسن النية للاحتجاج بالتسجيل السابق على تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد . وإذا كانت محكمة النقض استطاعت أن تقرر أن مجرد العلم بالتصرف السابق لا يبنى حسن النية ، فمن البديهي أن المشتري الثانى الذى تواطأ مع الراعى ، والذى سبق بفضل هذا التواطؤ إلى تسجيل سنده ، لا يمكن أن يوصف بأنه حسن النية مهما تأولنا لهذه العبارة من معان بعيدة عن الحاطر . فهو إذن سيء النية ، ومن ثم لا يستطيع أن يحتج على المشتري الأول الذى سجل دعوى صحة التعاقد بسبق تسجيله لسنده . ثم إن المبادئ العامة ، وقد وكل قانون الشهر إلى تطبيقها الحكم فى هذه المسألة ، تستعصى على التسليم بسلامة التسجيل فى عقد هو ثمرة للتدليس والتواطؤ ، فالتواطؤ بطبيعته يفسد أى تصرف .

والاعتبارات العملية هى أيضاً لا تنهض بالرأى الذى نذهب إليه محكمة النقض . فبنحن لا نزال فى نظام الشهر الشخصى ، ولم تنتقل بعد إلى نظام الشهر العينى . فمن المجازفة أن نستعير عن نظام الشهر العينى أحد مبادئه الجوهرية ، وهو الحجية المطلقة للسند المسجل ولو طعن فيه بالتواطؤ ، لنظام شهر شخصى لا نزال الدقة فى تحرى صحة السندات المسجلة تعوز ، ولا يقوم على أمر التسجيل فيه قضاة نظاميون ، ولا يكفل تعويض من يضارب به ، كما هو الأمر فى نظام الشهر العينى . يشهد بذلك من تجرؤوا نظام الشهر القائم فى ناصيته العملية (١) .

(١) ويقول الدكتور محمود شوقي ، وكان الأمين العام لصاحبة الشهر العقارى ، فى كتابه الصادر ما يأتى : « ونرى أنه يجب ألا نبدأ بالبادئ العامة فى شأن كافة المحررات على اعتبار أن التدليس يفسد المحررات المسجلة كما يفسد أى محرر آخر ، فسيبدأ بالتدليس بأن التدليس يفسد أى محرر . . . ولا بد من القول بأن قانون تنظيم الشهر العقارى قد أخذ بجميع إجراءات نظام التسجيل العينى ، وعلى هذا يجب أن يكون لإجراء التسجيل بوجبة مطلقاً على الكافة ، إلا أن مشارفهم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ليس إلا خطوة تمهيدية اتخذت فى سبيل الإصلاح التام المرتقب ، والذى يجب فيه أن يسلك السجل العينى . وهذا العمل ما يجرى فيه محرر ولا يفسد من سند

وبخاص ما تقدم أنه يجب الوقوف عند الرأي الوسيط ، وهو الرأي الذي يدعم نظام التسجيل دون إغراق يعرض مصالح الناس للخطر . فلا يشترط لصحة الدَّيْن حسن النية ، حتى لا يزعزع نظام التسجيل بادخال عناصر نفسية فيه تهدد استقراره . ولكن يشترط لصحة التسجيل عدم التواطؤ ، فكل تصرف يكون ثمرة للتواطؤ لا يسرر تسجيله في حق الغير ، وبذلك تحمي مصالح الناس من أن يعرضها للضياع التدليس والغش .

ونستطيع أن نوجه هذا الرأي ، من الناحية الفنية ، بأحد طريقتين . الطريق الأول ، وهو الطريق المألوف ، يكون بالقول بأن الغش يفسد التصرف (fraus omnia corrumpit) ، فالعقد المسجل إذا كان ثمرة الغش والتواطؤ وجب أن يكون باطلاً ، والتسجيل لا يصححه (١) . والطريق الثاني هو الداعى فى العقد المسجل بالدعوى البولصية . ونسأير فى هذا الطريق محكمة النقض ، ولكن على أن يؤخذ بتطبيق خاص للدعوى البولصية عندما يتركز حق الدائن فى عين مملوكة للمدين . وقد قلنا فى الجزء الثانى من الوسيط (٢) فى هذا التصدد ما يأتى : « وإذا فرض أن حق الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، كما إذا كان موعوداً ببيع عين أو كان دائناً فى وعد برهن أو كان دائناً مرتهناً ، ثم باع المدين العين الموعود ببيعها أو الموعود برهنها إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن ، أو باع العين المرهونة قبل أن يشهر الدائن الرهن بحيث لا يتمكن من تتبع العين أو بعد شهر الرهن ولكن الدائن لا يريد تتبع العين حتى لا يضطر إلى تحمل

= القائم على هذا السجل ، والقائم على أمر السجل يكون عادة قاضياً من القضاة النظاميين . أما هذا النظام العيني المحكم لم ينفذ بعد ، فلا موجب أن يقتبس منه جزء لا يتفق ونظام التسجيل شخصى عموماً ، وعلى الأخص فى مصر حيث الملكية العقارية ما زالت فى حاجة إلى كثير من العناية والدقة لضبط على أساس سليم » (الشهر العقارى علماً وعملاً ص ٣١٣ — ص ٣١٤) .

(١) أو يقال إن المشتري الثانى المتواطىء مع البائع قد أضر بالمشتري الأول ، فوجب له التعويض . وخير تعويض هو التعويض العيني ، فلا ينفذ البيع المسجل فى حق المشتري الأول ، فيستطيع هذا أن يثبت ملكيته فى العقار المبيع بتسجيل سنده .

وبلاحظ هنا أن المبيع ليس هو التسجيل ، بل هو التصرف الثانى ذاته الذى كان محل التسجيل . وسبب العيب هو الغش أو التواطؤ ، فالغش يفسد التصرف القانونى ، ولا يستطيع التسجيل أن يصحح هذا الفساد .

إجراءات التطهير ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إحصار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها التي تركز فيها حقه ، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تنفي بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البولصية في تصرف المدين في العين الموعود ببيعها أو برهنها أو تصرفه في العين المرهونة ، فيتمكن بذلك من رد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه ويتخذ بهذا الحق عليها (١) . وفي الحالة التي نحن بصددتها قد تركز حق المشتري الأول في العقار المبيع ، فيعتبر البائع في حالة إحصار بالمعنى المقصود في الدعوى البولصية ما دام المشتري الأول لا يستطيع أن يصل إلى العقار ذاته . ومن حق الدائن أن يطالب ، بدلا من التعويض ، بالتنفيذ العيني . فيطالب المشتري الأول إذن بالتنفيذ العيني وهو تملك العقار ، ويعتبر البائع في هذا الخصوص معسرا حتى لو كانت عنده أموال كافية تنفي بتعويض المشتري الأول عن فوات تملكه للعقار . ومن ثم يجوز للمشتري الأول الطعن في البيع المسجل بالدعوى البولصية ، فيجعله غير نافذ في حقه ، ويتمكن بذلك من رد العقار إلى ملك البائع ، ويتملكه بعد ذلك بتسجيل منده (٢) .

(١) وجاء في الحاشية رقم ٤ من ص ١٠٣٠ من الجزء الثاني من الوسيط إشارة إلى بعض الفقهاء الذين يقرون هذا الرأي ومن : لوران ٢٤ مقالة ١٠ - جورييه مقالة ١٢٢ وما بعدها - ريبير في القامعة العقارية في الالتزامات مقالة ١٢٠ - مقالة ١١١ - جورييه ٧ مقالة ١٠٨٠ وما بعدها - بلانيول وريبير وروندوا ٧ مقالة ٣٨ - مقالة ١٢٨ - دي غلس جزء أول في الدعوى البولصية *de non paulienne* مقالة ١٠٠ .

(٢) وهذا ما قلناه في الجزء الثاني من الوسيط ، فقد عطينا في ما سبق أمثلة كثيرة في هذا الصدد بما يأتي : وبمقتضى ما قلناه من أن هذا إذا باع شخص عقارا ولم يسجل المشتري ، ثم جاء ثانية من مشتر آخر ، وبادر المشتري الثاني إلى تسجيل ممتلكاته مع البائع على الإصرار بالحق الأول ، أمكن لهذا الأخير أن يفسخ في البيع الثاني بالاعتماد على بولصية ، إذا أن منه قد تركز في العقار المبيع ، (الوسيط ٢ من ص ١٠١٠ حاشية رقم ١) .

ويترتب من هذا ما تضمنه به محكمة الاستئناف مصر في سنة ١٩٢٧ من قبل طر ولف ، أن البائع بعد ذلك في العقار المبيع انشأوا بالمشتري ، فقد ثبت أن المشتري بأن عدم تسجيله قد يبيع لا يملك ولا يدرم غيره ، بل يظل يملكه قائما دائما ويحكم بغيره ببيع الالتزامات القانونية ما دام هو المالكية القانونية حتى إذا جاء وقت التسجيل ، والمشتري بالتمسك به التسجيل إنما هو دائر بالالتزامات ، وبما تركز في كونه البينة ، ويصح له ذلك أن يستأنف

المبحث الثاني

تسليم المبيع

٢٩١ - تسليم المبيع والمحافظة عليه هي التسليم فرع عن التزام

البائع بنقل ملكية المبيع : إذا كان البائع ملتزماً بتسليم المبيع إلى المشتري ،
فإن هذا الالتزام فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع . ويتفرع أيضاً عن الالتزام
بنقل الملكية التزام البائع بالمحافظة على المبيع إلى أن يسلمه إلى المشتري . ذلك
أن المادة ٢٠٦ مدني تنص على أن « الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام
بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم » .

فيتفرع إذن عن التزام البائع بنقل الملكية التزامان ، التزام بالمحافظة
على المبيع والتزام بتسليمه إلى المشتري . وإذا اتفق الالتزامان في أن كلا منهما فرع
عن التزام أصلي ، فإنهما يختلفان في أن الالتزام بالمحافظة على المبيع التزام ببذل
عناية (obligation de moyen) ، أما الالتزام بتسليم المبيع فهو التزام بتحقيق
غاية (obligation de résultat) (١) . وسنرى أنه يترتب على أن الالتزام
بتسليم المبيع هو التزام متفرع عن التزام بنقل الملكية أن المبيع قبل تسليمه

= نص المادة ٥٢ مدني ويطلب بطلان الوقف الذي أنشأه البائع إصراراً به ، لأن التصرف
يمنع المشتري من تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها البائع بمقتضى عقد البيع من تسهيل الإجراءات
الموصلة إلى نقل ملكية العين وتسليمها له ومنع تعرضه فيها . ولا محل للنقل بالتفاضل بين عقد
البيع غير المسجل وحجة الوقف المسجلة ، لأن المقام ليس مقام ترجيح عقد على آخر ،
والمشتري بالعقد غير المسجل لا يطالب بحق عيني مثل تثبيت المالكية أو خلافه ، بل يدفع دعوى
الوقف بالقول ببطلانه ، لوقوعه إضراراً بحقوقه بصفته دائماً بالتزامات ترتب على العين الموقوفة
(استئناف مصر ٣١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠) .

(١) أما الالتزام بالتسليم في القانون الفرنسي — وفي القانون اللبناني تبعاً له — فليس
لتزاماً بتحقيق غاية ، بل هو التزام ببذل عناية يختلط بالالتزام بالمحافظة على المبيع . فإذا هلك
الشيء أو تلف بسبب أجنبي قبل التسليم ، فعجز البائع عن تسليمه دون أن يكون ذلك خطأ
منه ، برئت ذمته من الالتزام بالتسليم ، وجاز له أن يطالب المشتري بأشئ : فيكون المشتري
هو الذي يتحمل تسعة الهلاك ، ومنعود إلى ذلك فيما يلي .

يهلك على البائع ، ومن هنا يجيء أن تبعة الهلاك تدور مع التسليم لا مع نقل الملكية في القانون المصرى .

أما التزام البائع بالمحافظة على المبيع حتى التسليم ، فهو التزام يبذل عناية كما قدمنا . ومن ثم يكون التزاماً بعمل ، وتسرى عليه المادة ٢١١ مدنى وهى تنص على أنه « فى الالتزام بعمل ، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء . . . فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادى ولو لم يتحقق الغرض المقصود » . فإذا بذل البائع فى المحافظة على المبيع إلى وقت تسليمه للمشتري عناية الشخص العادى ، دون أن ينزل عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عناية بماله أقل حرصاً من الشخص العادى ، ودون أن يرتفع عن ذلك حتى لو كان هو نفسه فى عناية بماله أكثر حرصاً من الشخص العادى ، فإنه يكون قد وفى بالتزامه . فإذا هلك المبيع أو أصابه تلف بالرغم من أن البائع قد بذل فى المحافظة عليه العناية الواجبة على النحو السالف الذكر ، لم يكن البائع مسئولاً بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، وإن كان يتحمل تبعة الهلاك أو التلف بموجب التزامه بالتسليم كما سنرى . وإذا لم يبذل البائع فى المحافظة على المبيع هذا القدر من العناية كان مقصراً ، فإذا هلك المبيع أو تلف من جراء هذا التقصير كان ذلك بخطأه . وكان مسئولاً ، بموجب التزامه بالمحافظة على المبيع ، عن الضرر الذى أحدثه للمشتري وفقاً للقواعد العامة المقررة فى المسئولية التعاقدية ، ولا يقتصر الأمر على تحمله تبعة الهلاك بموجب التزامه بالتسليم . ولا مسئولية عليه بطبيعة الحال لو أن الهلاك أو التلف كان بخطأ المشتري ، وتنتفى مسئوليته فى هذه الحالة على أساس الالتزامين معاً التزامه بالمحافظة على المبيع والتزامه بتسليمه ، ويكون المشتري ملزماً بنسلم المبيع على حاله مع دفع ثمنه كاملاً للبائع (١) .

(١) وقد أورد تفنين الموجبات والعقود اللبنانيان هذه الأحكام فى المادتين ٤١٥ و ٤١٦ منه . فنصت المادة ٤١٥ على أنه « إذا هلك الشيء المعين الذى انعقد عليه البيع ، أو أصيب بعيب قبل التسليم ، بسبب فعل أو خطأ أرتكبه البائع ، حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لما نقص من قيمته ، على الشروط التى بمقتضاها يحق له أن يدعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المتليات ، فعل البائع أن يسلم ما يماثله صفة ومقداراً ، مع

يبقى التزام البائع بتسليم المبيع ، وهو التزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية وفي الوقت ذاته التزام بتحقيق غاية كما قدمنا . فنحتفظ له بهذه السمة (١) ، ونتناول بحثه تفصيلاً ، لنحدد المحل الذي يقع عليه التسليم ، ولنرى كيف يتم التسليم . ولنعين الجزاء الذي يترتب على إخلال البائع بالتزام التسليم ويدخل في ذلك تبعة هلال المبيع أو تلفه قبل التسليم (٢) .

المطلب الأول

محل التسليم

٢٩٢ - تسليم المبيع بحالته ومقداره وملحقاته : محل التسليم هو المبيع المتفق عليه في عقد البيع . ويلتزم البائع بتسليمه إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبالمقدار الذي عين له في العقد ، وبالملحقات التي تتبعه . فلستعرض هذه المسائل الثلاث : حالة المبيع ومقداره وملحقاته .

= الاحتفاظ بحق المشتري في طلب زيادة بدل العطل والضرر عند الاقتضاء . ونصت المادة ٤٦٦ على أنه « إذا هلك المبيع أو ناله عيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملتزماً باستلامه على حاله ، وببضع ثمنه كاملاً » . وهذان النصان ليسا إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فيؤخذ بما ورد فيها من الأحكام دون حاجة إلى نص .

(١) وسنرى أن لتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل الملكية أهمية كبيرة ، فإن الالتزام بالتسليم يكون مكملاً للالتزام بنقل الملكية ، ولا يعتبر تنفيذ الالتزام الثاني كاملاً إلا إذا تم تنفيذ الالتزام الأول . وإذا كان التسليم في القانون الروماني وفي القانون الفرنسي القديم بلغ من الأهمية أن كان هو الذي ينقل الملكية ، فإنه لا تزال له أهميته حتى اليوم ، فهو إذا كان لا ينقل الملكية فإنه يستكمل نقلها من ناحية تحمل تبعة الهلاك على الأقل كما سنرى .

(٢) وقواعد التسليم في البيع هي التي تسري في مجموعها على كل التزام بالتسليم ، سواء كان التزاماً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كما في المقايضة والهبة والشركة والفرض والصلح ، أو كان التزاماً مستقلاً كما في الإيجار والعارية . وقد نصت المادة ٥٦٦ مدني في عقد الإيجار صراحة على أنه « يسري على الالتزام بتسليم العين المؤجرة ما يسري على الالتزام بتسليم العين المبيعة من أحكام ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد مقدار العين المؤجرة وتحديد ملحقاتها » .

١٥ - حالة المبيع

٢٩٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣١ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع » (١).
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولا به دون نص .

وبقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٣٩٩ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٠ - ولا مقابل للنص في التقنين المدني العراقي - وبقابل في تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٤ (٢) .

وغنى عن البيان أن الالتزام بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تسليم المبيع في حالة جيدة

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٤ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ - ص ٥٣) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٣٩٩ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطنع الزرقا فقرة ٩٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٠ (مطابقة للمادة ٤٣١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي : لا مقابل لنص التقنين المدني المصري ، ولكن هذا النص ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة فيمكن الأخذ به في القانون العراقي : أنظر الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٦ - فقرة ١٦٧ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٩٣ - فقرة ٢٩٥ .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١٤ . يجب تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع ، ولا يجوز للبائع بعد ذلك أن يغير حالته . (وهذا يطابق الحكم الوارد في نص التقنين المدني المصري) .

أ. في حالة مطابقة للعينة أو غير ذلك (١) مما يتفقان عليه بموجب شرط خاص ومن ثم وجب أن نبين كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع ، وما الحكم إذا تغيرت هذه الحالة عند التسليم ، وما الذي يترتب على وجود انقلاق خاص بين المتبايعين بعين الحالة التي يكون عليها "تسليم .

٢٩٤ - كيف تتعين حالة المبيع وقت البيع : قدما أن المبيع يجب أن يكون معينا تعييناً كافياً ، وهذا التعيين الكافي ينطوي دون شك على وصف لحالة المبيع وقت البيع . والمفروض - كما نقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (٢) - أن المشتري قد رأى المبيع أو علم به علماً كافياً . وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص ، هو المادة ٥٧٣ من هذا المشروع ، يقضى بأن يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء . وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن أحكامه « مستفادة من القواعد العامة » (٣) . فالبايع إذن يلتزم بتزويد المشتري بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة الشيء وقت البيع ، كأن يعين له حدود العين المبيعة وما عليها من حقوق وتكاليف ، ومشتملات العين ، ودرجة جودتها ، ونحو ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع . وهذه هي الحالة التي يلتزم البائع أن يسلم بها المبيع إلى المشتري (٤) ، ما لم يوجد إتفاق

(١) مثل ذلك أن يكون المبيع عقاراً مرهوناً وقت البيع ، فيتفق للمتبايعان على أن يسلم البائع المشتري العقار خالياً من الرهن بعد شطبه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨٦ هامش ٤) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٢ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٥ هامش رقم ١ .

(٤) فإذا كان المبيع أرضاً داخلة في مشروع تقسيم (plan de lotissement) ، وجب تسليمها في الحالة التي هي عليها في مشروع التقسيم بما يشتمل عليه من شوارع وميادين ، ولكن ليس من الضروري إنشاء هذه الشوارع والميادين في صورة نهائية ما دامت قد شقت وأصبحت ميسرة للاستعمال العام (استئناف محتلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣١٠ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٣٩ - ١٨ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٣ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٩) . وليس البائع في هذه الحالة ملزماً بإنشاء الشوارع والميادين ، ولكن يجب أن يترك المسافات اللازمة لها (استئناف محتلط ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٩٤) ، وأن يحمل المشتري ينفع بها (استئناف محتلط ٧ يريه سنة ١٩٣٤ م ٤٦ =

خاص على غير ذلك (١) .

وإذا كان المبيع من المثلّبات التي لم تعين إلا بالنوع ، لم يكن من المستطاع تعيين حالة المبيع وقت البيع . لأنه غير معين بالذات في هذا الوقت . وقد تكفلت الفقرة الثانية من المادة ١٣٣ مدني ببيان الحكم في هذا الفرض ، فنصت على ما يأتي : « ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط ، . فالحالة التي يجب تسليم المبيع عليها في هذا الفرض يعينها الاتفاق الخاص إن وجد ، فإذا لم يوجد اتفاق خاص عينها العرف أو أية ظروف أخرى ملائمة . فإذا لم توجد هذه ولا ذاك ، وجب تسليم المبيع من صنف متوسط ، لا من صنف جيد حتى لا يغبن البائع ، ولا من صنف رديء حتى لا يغبن المشتري (٢) .

(= ص ٢٢١) ، والمشتري صفة في طلب هذه المبالغ التي تقام في الشوارع المصمتة (استئناف مخطط ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٤) . أما إذا وقف البائع بقية الأرض المقصدة ولم يتم بشق الشوارع والميادين ، جاز للمشتري نسخ البيع (استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨١ - ٧ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٠٧) .

وإذا كانت الأرض المبيعة ليس لها ممر يصلها بالطريق العام ، ملهها البائع للمشتري حل هذه الحالة ، ولا يكون ملتزماً بإيجاد ممر لها إلى الطريق العام إلا بشرط خاص (استئناف مخطط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ - ٩ ص ١٠٢) .

(١) أو عرف متبع ، وذلك كالحالة التي يسلم بها البائع القطن المبيع ، فيرجع إلى العرف في تحديد هذه الحالة وفي تعيين مرتبة القطن بحسب المعارف في برصة ميناء البصل (استئناف مخطط ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١٧) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٢٢٢ - بودري وسينا فقرة ٣١٢ .

وإذا كانت حالة المبيع غير الحالة الواجبة ، كان على المشتري وقت تسلّم البضاعة أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة معاينة البضاعة أو تعيين خبير لمعاينتها ، وكذلك يجوز للبائع ، إذا ادعى أن الحالة هي الحالة الواجبة ، أن يطلب هذه المعاينة (استئناف مخطط ٤ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٣٩ - ٢١ أكتوبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٢٥) . أما إذا قبل المشتري المبيع واستعمله مدة طويلة ، فليس له بعد ذلك أن يشكو أن فيه عيباً أو أنه ليس على الحالة الواجبة (استئناف مخطط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٢١ ص ١٧٩) .

٢٩٥ - تغير حال المبيع : والتزام البائع بتسليم المبيع في الحالة

التي كان عليها وقت البيع معناه أنه لا يجوز له أن يغير من هذه الحالة ، بل يجب عليه أن يحافظ عليها حتى يسلم بها المبيع إلى المشتري .

والمفروض بقاء الشيء على أصله ، فالحالة التي يكون عليها المبيع وقت التسليم بفترض أن تكون هي نفس الحالة التي كان عليها وقت البيع . فإذا تسلم المشتري المبيع دون أن يعترض ، وسكت مدة كافية بفترض فيها أنه عاين الشيء فارتضاه ، فليس له بعد ذلك أن يمتنع بأن المبيع لم يكن في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، إذ أن سكوته هذه المدة يدل إما على أن المبيع وقت التسليم كان في نفس حاله وقت البيع ، وإما على أن هناك فرقاً بين الحالتين ولكن هذا الفرق قد تسمع فيه وزل عن حقه في التمسك به (١) .

أما إذا اعترض المشتري عند تسلمه المبيع ، أو عند معاينته له واختباره إياه بعد التسلم ، بأن المبيع قد تغيرت حالته عما كانت عليه وقت البيع ، فعلى البائع عبء إثبات أن المبيع لم يتغير حالته عما كان عليه وقت البيع ، لأنه هو المدين بالتزام التسليم وهو الذي يقوم بتنفيذه ، وعلى المدين إثبات براءته من الالتزام (٢) .

(١) استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٤ - ٢٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٧٩ (وهما المكان المشار إليهما في الحاشية السابقة) . هذا وقد قضت المادة ٩٩ من القانون التجاري ، في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، بأن : استلام الأشياء المنقولة يردفع أجره النقل بطلان لكل دعوى على أمين النقل وعلى الوكيل في ذلك بالعمولة ، إذا كان العيب الذي حصل فيها ظاهراً من خارجها . وأما إذا كان غير ظاهراً ، فيجوز إثباته بمجرد حصر أو شيع البلد . ولكن لا تقبل الدعوى بالميب المذكور إلا إذا حصل الإخبار بها في ظرف ثمان وأربعين ساعة من وقت الاستلام ، وقدم الطلب للمحكمة في ظرف ثلاثين يوماً ، ويضاف إلى هذين الميعادين ميعاد مسافة الطريق . وغنى عن البيان أن هذه الإجراءات والموايد القصيرة لا تنطبق إلا في العلاقة بين صاحب الأشياء المنقولة وأمين النقل ، ولا محل لتطبيقها في العلاقة بين البائع والمشتري ، فلو سكت المشتري مدة أطول من المدة المنصوص عليها في المادة ٩٩ تجاري لا يقطع حقه بمجرد هذا السكوت ، إلا إذا تبين من الظروف أنه قصد النزول عن حقه (انظر بودري وسيشيا نقرة ٣١٢ مكررة ثانياً ويشيران إلى المادة ١٠٤ تجاري فرنسي) .

(٢) بودري وسيشيا نقرة ٣١٢ مكررة رابعاً - ص ١٠٤ باج ٤ نقرة ٩٩ - الأستاذ عبد المنعم البهراوي نقرة ٢٤٢ - الأستاذ جليل الشرفاوي نقرة ١٠٤ ص ١٩٢ - ص ١٩٨ .

فان ثبت تغير في حالة المبيع وكان هذا التغير ضاراً بالمشتري ، كان البائع مسئولاً عن ذلك ، سواء كان التغير بخطئه أو بفعله أو بفعل الغير ، ويرجع البائع على الغير إذا كان هناك وجه للرجوع . ذلك أن البائع ملتزم بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع ، وهذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، وقد ثبت أن المبيع قد تغيرت حالته تغيراً ضاراً بالمشتري . فعلى البائع تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً إن أمكن ، بأن يعيد المبيع إلى الحالة التي كان عليها وقت البيع إذا كان هذا مستطاعاً ، وإلا كان للمشتري الحق في الرجوع عليه بالتعويض ، بل له أن يطالب بفسخ البيع وبالتعويض معاً إذا كان هناك وجه لذلك كما سنرى . وغنى عن البيان أنه إذا كان التغير بخطأ المشتري أو بفعله ، فعليه هو مقبلة ذلك ، وليس له الرجوع بشيء على البائع .

وإذا كان التغير الضار بالمشتري قد وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، لم يزل البائع هو المسئول عنه على النحو الذي قلناه ، لأن التزامه بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع هو التزام بتحقيق غاية كما سبق القول ، ويعتبر محلاً لهذا الالتزام إذا لم يسلمه بهذه الحالة ولو حال دون ذلك سبب أجنبي (١) . ويتفرع على ذلك أن المبيع إذا هلك هلاكاً كلياً أو هلاكاً جزئياً

= وإذا كان المبيع شيئاً معينة بالذات ، فإذا كانت قد وصفت حالتها في عقد البيع ، وادعى المشتري أنها عند التسليم لا تطابق هذه الحالة ، فعلى البائع أن يثبت مطابقة المبيع للحالة الموصوفة في عقد البيع ، لأنه هو المدين بتسليم المبيع في هذه الحالة التي كان عليها وقت البيع ، فعليه عبء إثبات أنه وفى التزامه على هذا النحو كما سبق القول . وإن كان المبيع لم توصف حالته في عقد البيع ، فالمفروض بقاء الشيء على أصله ، وأن المبيع لم يتغير حالته عند التسليم عما كان عليه وقت البيع ، وإذا ادعى المشتري غير ذلك فعليه هو عبء الإثبات . وقد قلنا أن لكل من المشتري والبائع أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة معاينة المبيع أو تعيين حيز لمعاينته (انظر آنفاً فقرة ٢٩٤ في الهامش) ، وهذا مما ييسر الإثبات على كل منهما .

(١) ويجب التمييز بين رجوع المشتري على البائع بالتنفيذ العيني أو التعويض أو الفسخ لعدم مطابقة حالة المبيع للحالة التي كان عليها وقت البيع ، وبين رجوع المشتري على البائع بالمعيب الخفية في المبيع . فعدم المطابقة يفترض أن حالة المبيع تختلف وقت التسليم عنها وقت البيع ، أما العيب الخفي فيفترض أن المبيع بحالته وقت البيع إلا أن فيه عيباً خفياً لم يكن المشتري يعرفه . ودعوى الفسخ للعيب الخفي نقط بسنة من تاريخ تسليم المبيع ، أما دعوى الفسخ لعدم المطابقة فلا نقط إلا بخمس عشرة سنة .

قبيل التسليم ، كانت تبعة الهلاك أو التلف على البائع كما سنرى .

وقد تنغير - آلة المبيع وقت التسليم إلى حالة أفضل عما كانت عليه وقت البيع . فإن كان هذا التغير بسبب أجنبي . كأن التحق طمى بأرض زراعية فزادت ، فإن الزيادة تكون من نصيب المشتري لا يدفع في مقابلها شيئاً للبائع ، إذ أن للمشتري نماء المبيع من وقت البيع كما أن له ثمراته . وإن كان التغير بفعل البائع ، كأن أدخل على المبيع تحسينات أو أقام فيه بناء ، اعتبر أنه قد فعل ذلك في ملك الغير وهو عالم بذلك ، وبهذا قضت محكمة النقض (١) كما سبق القول . فإن كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات نافعة أو أقام بناء ، جاز للمشتري أن يطالب من البائع الإزالة على نفقته مع التعويض إن كان له وجه ، أو أن يطالب استبقاء التحسينات أو البناء مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة ، أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في ثمن المبيع بسبب هذه الأعمال . ويجوز للبائع أن يطلب ربح ما استحدثه إن كان ذلك لا يلحق بالمبيع ضرراً ، إلا إذا اختار المشتري أن يستبقيه طبقاً للأحكام المتقدمة (٢) . وإذا كانت التحسينات كمالية ، فليس للبائع أن يطالب بتعويض عنها ، ولكن له أن ينزع ما استحدثه على أن يعيد المبيع إلى حالته الأصلية وقت البيع ، ما لم يختار المشتري أن يستبقيه مقابل دفع قيمته مستحق الإزالة (٣) . أما إذا كان البائع قد أنفق على المبيع مصروفات ضرورية لحفظه من الهلاك أو من التلف ، فإنه لا يرجع بشيء مما أنفقته على المشتري ، فقد قدمنا أن تبعة الهلاك أو التلف على البائع .

ويجب التمييز كذلك بين دعوى عدم المطابقة هذه ودعوى الغلط في المبيع ، إذ الغلط يفترض أن إرادة المشتري معينة فهو حالة نفسية ، أمام عدم المطابقة فهو - مادية . والغلط جزاؤه دعوى إبطال وتسقط بثلاث سنوات ، أما عدم المطابقة فالدعوى فيه لا تسقط إلا بخمس عشرة سنة كما قدمنا . وكالغلط عدم العلم الكافي بالمبيع أو خيار الرؤية (انظر الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٥٣ ويشير إلى تعليقات الأستاذ هيسار في المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٤٨ ص ١٥٧) (ص ٢٦٠) .

(١) نقض مدو ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٢٨ ص ٦٠١ .

(٢) ان في كل ذلك المادتين ٩٢٤ و ٩٨٠/٢ مدنى .

(٣) ان المادة ٩٨٠/٣ مدنى .

وغنى عن البيان أن البائع إذا كان يلتزم بتسليم المبيع بالحالة التي هو عليها وقت البيع ، فمن باب أولى يلتزم بتسليم نفس المبيع لا بشيء آخر ولو كان خيراً منه ، وبكل المبيع لا بجزء منه لأن الوفاء الجزئي لا يجوز إذا لم يرض به الدائن ، فإذا كان المبيع من المثليات وجب تسليمه كله دفعة واحدة لا جزءاً فجزءاً (١).

٢٩٦ - وجود اتفاق خاص على حالة المبيع : وقد قدمنا أن التزام

البائع بتسليم المبيع في الحالة التي كان عليها وقت البيع على النحو الذي بسطناه إنما يقوم إذا لم يكن هناك اتفاق خاص بين المتبايعين . فإذا كان هناك هذا الاتفاق الخاص ، فانه هو الذي يسرى . والمشتري هو المكلف بإثبات وجود الاتفاق ، فإذا أثبتته وجب على البائع أن يثبت أن المبيع وقت أن سلمه كان فعلاً في الحالة المتفق عليها (٢) .

وقد يتفق المتبايعان على أن يسلم البائع المبيع في حالة جيدة . فيجب عندئذ أن يقوم البائع بهذا الالتزام فيسلم المبيع في حالة جيدة ، ولو كانت حالته وقت البيع لم تكن جيدة بعلم المشتري ، بل كانت متوسطة أو رديئة ، ويكون على البائع إذن أن يحسن حالة المبيع حتى تنقلب إلى حالة جيدة وقت التسليم . فإذا لم يفعل ، وكانت الحالة التي عليها المبيع فعلاً تفوت على المشتري غرضه من الشراء ، كان للمشتري مطالبة البائع بالتنفيذ العيني ، كما أن له أن يطالب بفسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى . أما إذا كانت حالة المبيع لا تفوت على المشتري غرضه ، فإن البيع لا يفسخ ، بل يكون للمشتري المطالبة بالتعويض إن كان قد أصابه ضرر (٣) .

وقد يتفق المتبايعان على أن تكون حالة المبيع وقت التسليم مطابقة لعينة متفق عليها ، وعندئذ يجب أن يكون المبيع وقت التسليم مطابقاً لهذه العينة ، على النحو الذي بسطناه عند الكلام في البيع بالعينة (٤) .

(١) بودى وصينا فقرة ٢١١ ص ٣١٣ وفقرة ٢٥

(٢) بودى وصينا فقرة ٣١٢ مكررة رابعا .

(٣) بودى وصينا فقرة ٣١٢ مكررة أولا

(٤) انظر أيضاً فقرة ١٢٥ - وانظر المادة ٤٢٠ مدو

٢٩ - مقدار المبيع

٢٩٧ - النصوص القانونية: تنص المادة ٤٣٣ من القانون المدني على ما يأتي :

« ١ - إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد ،

« ٢ - أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري ، إذا كان المبيع غير قابل للتبعض ، أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد ، وكل هذا ما لم يوجد اتفاق بخالفه .

وتنص المادة ٤٣٤ على ما يأتي :

« إذا وجد في المبيع عجز أو زيادة ، فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو في طلب فسخ العقد ، وحق البائع في طلب تكملة الثمن ، يسقط كل منهما بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً (١) .

(١) تاريخ النصوص : م ٤٣٣ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٤ من المشروع التمهيدى

على الوجه الآتى : « ١ - إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً على هذا القدر حسب ما يقضى به العرف ، ما لم يتفق على غير ذلك . على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع ، إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصبح تنفيذ العقد عديم الجدوى بالنسبة للمشتري . « ٢ - أما إذا تبين أن القدر الذي يشتمل عليه المبيع يزيد على ما ذكر في العقد ، وكان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة فيجوز له أن يطلب فسخ العقد . وقد أقرت لجنة المراجعة النص مع تعديلات لفظية طفيفة ، وأصبحت المادة رقمها ٤٤٦ في المشروع النهائى - وفى لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب استبدلت عبارة « إذا عين في العقد مقدار المبيع ، كان البائع مسئولاً » بعبارة « إذا ضمن البائع للمشتري أن المبيع يشتمل على قدر معين ، كان مسئولاً » فى صدر الفقرة الأولى . ووافق مجلس النواب على هذا التمديل . وفى لجنة الشيوخ اعترض على عبارة « عديم الجدوى » الواردة فى الفقرة الأولى ، إذ ما من عقد إلا وله جدوى . ورأت اللجنة أن تستبدل فى الفقرة الأولى بعبارة =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المراد ٣٦٣/٢٩٠ -
٣٧٠/٢٩٦ (١).

= «إلا إذا كان هذا النقص من الجسامة بحيث يصح نزع العقد هديم الجدوى بالنسبة للمشتري»
هبارة «إلا إذا أثبت أن هذا النقص من الجسامة بحيث أنه لو كان بعينه لما أتم العقد» . وكرر
في تقرير اللجنة أنه «قد جعل أساس الفسخ عدم إتمام العاقد للعقد لو أنه كان يعلم بوجود النقص»
أخذاً بالمعيار العام الذي وضع في شأن الغلط . وأضافت اللجنة إلى الفقرة الثانية هبارة «إذا كان
المبيع غير قابل للتبعض» لزيادة الإيضاح . فأصبح النص بعد هذه التعديلات مطابقاً لما استقر عليه
في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقمه ٤٣٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله تحت
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ و ص ٦١ - ٦٣) .

م ٤٣٤ : ورد هذا النص في المادة ٥٧٥ من المشروع التهدي مطابقة لما استقر عليه في
التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٧ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس
النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٤ - ص ٦٦) .
(١) التقنين المدني السابق م ٣٦٣/٢٩٠ : على البائع أن يسلّم المبيع بمقداره أو وزنه أو مقياسه
المبين له في عقد البيع .

م ٣٦٤/٢٩١ - ٣٦٥ : الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض إذا بيعت حصة وتعين مقدارها
مع تعيين الثمن باعتبار آحادها ، ووجد مقدارها الحقيقي أقل من المقدّر في العقد ، فله المشتري الخيار
بين فسخ البيع وبين إبقائه مع تنقيص الثمن تنقيصاً نسبياً . وإذا زاد الموجود عن المقدار المبين ،
فالزيادة للبائع .

م ٣٦٦/٢٩٢ : إذا كان المبيع من الأشياء التي تقاس أو تكال أو توزن ولا يمكن انقسامه
بغير ضرر ، وكان قد تعين في عقد البيع مقدار المبيع وثمنه باعتبار آحاده ، من حالة وجود نقص
أو زيادة في المقدار المبين ، يكون للمشتري الخيار بين نسخ البيع وبين أخذ الموجود بالكامل مع
دفع ثمنه بالنسبة ل قدره الحقيقي . أما إذا كان الثمن تعين حصة ، فله المشتري الخيار بين فسخ البيع
وبين أخذ المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٦٧/٢٩٣ : لا يجوز للمشتري نسخ البيع في الأحوال المذكورة في المادة السابقة إذا إذا
كان الغلط زائداً على نصف ثمن الثمن المبين .

م ٣٦٨/٢٩٤ : إذا كان هناك وجه لنسخ البيع ، فعمل البائع رد الثمن الذي عُصفه مع رسوم
العقد والمصاريف التي صرفها المشتري بموافقة القانون .

م ٣٦٩/٢٩٥ : وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه في اختيار
فسخ البيع ، إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً .

م ٣٧٠/٢٩٦ : حق المشتري في فسخ البيع أو في تنقيص الثمن ، كذلك حق البائع في طلب
تكميل الثمن ، يسقطان بالسكوت عليهما سنة واحدة من تاريخ العقد . (ملاحظة : كان هناك شيء
فيما إذا كانت مدة السكوت سنة أو مدة تقادم ، وعدم التقنين الجديد الملازمة بالعلم بمرأته
على أن المدة مدة تقادم) .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

= وقد ورد في المذكرة الإيضاحية : « وع التمهيدى في شأن تصور التقنين المدني السابق ما يأتي :
 « يتصل بتحديد البيع أن يكون البائع قد صار لشئ قدر معيناً منه ، كما إذا كان المبيع قطعة
 أرض وبيت على أنها كذا متراً أو كذا فدانا ، إذا كان المبيع بوجه عام شيئاً ما يمد أو يوزن
 أو يقاس أو يكال . وقد تضمن التقنين الحال (السابق) نصراً كثيرة في هذا الموضوع ..
 وهي نصوص مأخوذة من الشريعة الإسلامية (مرشد الخيران م ٤٤٨ - ٤٥٣ - المجلة م ٢٢١ -
 ٢٢٩) ونحو في الأشياء التي يقوم بعضها مقام بعض بين ما لا يضره التبعيض وما يضره . فو
 الحالة الأولى : إذا تعين مقدار المبيع مع تعيين الثمن بسعر الوحدة ، فالزيادة للبائع ، لأن المبيع
 لا يضره التبعيض ولم تدخل فيه الزيادة . وإذا نقص المبيع ، فله المشتري أن يفسخ البيع أو يقيه
 من نقص الثمن ، ولا يجوز الفسخ إلا إذا كان النقص أكثر من واحد على عشرين . ولم تعرض
 النصوص لحالة ما إذا تعين الثمن جملة واحدة ، ولكن الظاهر أن هذه الأحكام نفسها هي التي
 تنطبق . أما إذا كان المبيع يضره التبعيض ، وتعين ثمنه بسعر الوحدة ، فإن زاد أو نقص ، كان
 للمشتري بالخيار بين الفسخ (إذا كانت الزيادة أو النقص أكثر من واحد على عشرين) أو إبقاء
 البيع مع دفع الثمن بنسبة القدر الحقيقي ، لأن تجزئة المبيع في هذا الغرض لا تجوز إذ التبعيض
 يصر . فإذا تعين الثمن جملة واحدة ، وزاد المبيع أو نقص ، فله المشتري الخيار بين الفسخ إذا كان
 النقص أكثر من واحد على عشرين ، أو إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه ، ولا يزيد الثمن أو ينقص
 هنا . ويعلمون ذلك بأن المبيع لا يقبل التبعيض وقد بيع بثمن مسمى جملة واحدة ، فبيان مقدار
 المبيع في مثل هذه الظروف يكون على سبيل الوصف ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن . وإنما
 أعطى للمشتري حق الفسخ في صورة النقص ولم يعط للبائع هذا الحق في صورة الزيادة ، لأن المبيع
 كان في يد البائع لا في يد المشتري ، وإذا عذر المشتري الذي يجهل حالة شيء لا يكن في يده ،
 فلا عذر للبائع في أمركا كانت الخطة تقضى عليه فيه أن يتبين قدر ما يبيع قبل الإقدام على بيعه - ولم
 ير المشروع أن يورد كل هذه التفصيلات ، وبعضها يكن في استخلاصه القواعد العامة ، وبعضها
 ينطوي على شيء من التحكم ويحسن تركه للظروف واتفاق المتعاقدين . فاقصر على نص يعتبر تلخيصاً
 لما تقدم من الأحكام ، وهو منقول عن التقنين البولوني والمشروع الفرنسي الإيطالي . ويتقضى
 هذا النص بأن البائع يضمن للمشتري القدر الذي عينه للمبيع حسب ما يقضى به العرف ، وقد يقضى
 بالمجازاة عن قدر مسموح به زيادة أو نقصاً . ومعنى الضمان أن المبيع إذا نقص عن القدر المعين ،
 كان للمشتري أن يفسخ إذا كان النقص جسيماً .. (ولا يشترط أن يكون النقص واحداً على
 عشرين) ، أو أن ينقص الثمن بقدر ما أصابه من الضرر (وليس من الضروري أن يكون إنقاص
 الثمن بنسبة ما نقص من المبيع ، فقد يكون الضرر أكثر أو أقل من ذلك) . ولا فرق في حالة نقص
 المبيع بين ما إذا كان المبيع يضره التبعيض أو لا يضره ، وبين ما إذا كان الثمن محدداً بسعر الوحدة
 أو مقدراً جملة واحدة . أما إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً جملة واحدة ، فالغالب أن المتعاقدين
 قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على المقدار المعين - وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من
 أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - لذلك يبقى البيع ولا يطالب المشتري بزيادة الثمن ، إلا إذا
 كان هناك اتفاق على غير ذلك . فإذا عين الثمن بسعر الوحدة ، فلا تمييز بين ما يضره التبعيض =

المادتين ٤٠١ - ٤٠٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٢٢ - ٤٢٣ - وفي
التقنين المدني العراقي المواد ٥٤٣ - ٥٤٦ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ٤٢٢ - ٤٢٧ (١) .

= وبين ما لا يضره ، بل بكل المشتري الثمن في الحالتين بقدر زيادة المبيع ، فإن كانت جسيمة
جاز له أن يطلب فسخ العقد . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست إلا تطبيقاً للقواعد
العامة وتفسيراً لنية المتعاقدين ، ولا تعتبر من النظام العام ، فهي تطبق ما لم يوجد اتفاق أو عرف
يقضى بغيرها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٩ - ص ٦١) . ويلاحظ أنه أدخل على
نصوص المشروع تعديل في لجنة الشيوخ كما سبق القول ، يقضى بأنه في حالة الزيادة ، إذا كان
الثمن معيّناً بسم الوحدة ، وجب التمييز بين ما إذا كان المبيع يضره التبعض أولاً يضره ، وقد أورد
النص الحكم في حالة ما إذا كان المبيع يضره التبعض ، وسكت عن حالة ما إذا كان المبيع
لا يضره التبعض ، ويبدو أن الزيادة في هذه الحالة تكون - نع كما سيأتي .

ثم جاء في مكان آخر من المذكرة الإيضاحية في خصوص المادتين ٢٩٤/٢٩٨ و ٢٩٥/٢٩٩ :
« ولم ير المشروع محلاً للكلام في أثر الفسخ (م ٢٩٤/٢٩٨) فهو خاضع للقواعد العامة ،
ولا للنص على أن وضع المشتري يده على المبيع مع علمه بالغلط الواقع فيه يسقط حقه في اختيار
فسخ البيع إلا إذا حفظ حقوقه قبل وضع يده حفظاً صريحاً (م ٢٩٦/٢٩٥) ، فإن هذا الحكم
ظاهر لا حاجة للنص عليه ، بل إن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن - لا المصنوح وحده - يسقط
إذا دلت الظروف على أن المشتري قد تنازل عنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .
هذا وقد أخذت نصوص التقنين المدني السابق - كما جاء في المذكرة الإيضاحية - من مجموع
أحكام الفقه الإسلامي (انظر في أحكام الفقه مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف جزء ٣
ص ٧٦ - ص ٧٩ - وانظر في تفسير هذه النصوص الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي
فترة ٣٢٠ - ٣٢٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠١ - ٤٠٢ (مطابقان لمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين المدني
المصري - انظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٠٦ - فقرة ١١٢) .
التقنين المدني الليبي م ٤٢٢ - ٤٢٣ (مطابقان للمادتين ٤٢٣ - ٤٢٤ من التقنين
المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٣ : إذا بيعت جملة من المسكيات أو جملة من الموزونات
أو المذروعات التي ليس في تبعضها ضرر أو العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها
جملة أو بسم الوحدة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، كان المشتري مخيراً إن شاء فسخ البيع
وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن . وإذا ظهر المبيع زائداً ، فالزيادة للبائع .
م ٥٤٤ : - إذا بيعت جملة من الموزونات أو المذروعات التي في تبعضها ضرر أو من
العدييات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها جملة ، ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً ، فليستوى =

١ تعرض هذه النصوص لفرض ما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، وقد

= فدخ البيع أو أخذ المبيع بكل الثمن ، إلا إذا اتفق مع البائع وقت التعاقد على أخذ المقدار الموجود بحسب من الثمن .

٢ - وإذا وجد المبيع زائداً ، فالزيادة للمشتري ، على أنه يجوز الاتفاق وقت التعاقد على أن يعطى البائع عرضاً في مقابل الزيادة .

م ٥ : ٥ : إذا بيعت جملة من المورونات أو المذروحات التي في بعضها ضرر أو من المددات المتفاوتة مع بيان قدرها ، وسمى ثمنها بسعر الوحدة ، ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً عند التسليم ، فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحسب من الثمن .

م ٥٤٦ : ١ - في الأحوال المنصوص عليها في المواد الثلاث السابقة لا يكون للمشتري الحق في الفسخ ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع ، إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد حازر خمسة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع .

٢ - وعلى كل حال لا تسمع دعوى المشتري أو البائع بمقتضى المواد الثلاث السابقة بعد انقضاء ثلاثة أشهر من وقت تسليم المبيع للمشتري تسليمياً فعلياً .

(تنفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المدني المصري فيما عدا أمرين : (١) تحديد الزيادة أو النقص في التقنين العراقي بخمسة في المائة . (٢) تحديد مدة عدم سماع الدعوى في التقنين العراقي بثلاثة أشهر ، وفي التقنين المصري مدة التقادم سنة . انظر في القانون المدني للعراق الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٧١ - فقرة ١٧٧ - الأستاذ عباس الصراف فقرة ٣٩٦ - فقرة ٤٠٢) .
تقنين الموجبات والمقنود اللبناني م ٤٢٢ : إن البائع ملزم بتسليم محتوى المبيع كما نص عليه في العقد ، مع مراعاة التعديلات الآتية بيانها .

م ٤٢٣ : إذا بيع عقار مع تعيين محتواه وسعر الوحدة القياسية ، وجب على البائع أن يسلم المشتري ، عند نشيئه ، الكمية المعينة في العقد ، وإذا لم يتمكن من ذلك أو ينشئ به المشتري ، تحتم على البائع قبول تخفيض نسبي في الثمن . أما إذا وجد المحتوى زائداً عما هو معين في العقد ، وكانت الزيادة جزءاً من عشرين على المحتوى المعين ، فللمشتري أن يختار إما أداء الزيادة في الثمن وإما الرجوع في العقد .

م ٤٢٤ : إذا كان عقد الشراء ، في الأحوال المعينة في المادة السابقة ، يقضى بالرجوع إلى مدرجات خرائط المساحة ، فلا وجه لرفع ثمن أو خفضه إلا إذا كان الفرق المتحقق بعد القياس يتجاوز القدر المتسامح به .

م ٤٢٥ : إذا عقد البيع على عين معينة محدودة أو على عقارات متميزة مستقلة ، سواء بدى بتعيين القياس أو بتعيين المبيع ثم انقباض بعده ، فإن بيان القياس لا يحول البائع عن استزادة الثمن إذا وجد القياس زائداً ، ولا المشتري حق تخفيضه إذا وجد ناقصاً .

م ٤٢٦ : وفي جميع الأحوال التي يستعمل فيها المشتري حق الرجوع عن العقد يجب على البائع أن يرد إليه الثمن إذا كان قد قبضه ونفقات العقد أيضاً .

م ٤٢٧ : إن دعوى البائع لاستزادة الثمن ودعوى الشاري لتخفيضه أو لفسخ العقد يجب أن تقام في سنة من يوم التعاقد ، وإلا سقط الحق في إقامتهما .

(وبمصر من التقنين اللبناني مأخوذة من مصوص التقنين الفرنسي المواد ١٦١٦ - ١٦٢٣)

عين مقداره في عقد البيع (١) ، فأصبح البائع ضامناً للمشتري هذا المقدار المعين .
مثل ذلك أن يكون المبيع أرض بناء معينة فذكر في العقد أن مساحتها ألف متر ،
أو أرضاً زراعية معينة فذكر أن مساحتها خمسون فداناً ، أو شيئاً معيناً مما يعد
أو يوزن أو يكال أو يقاس فبيع جراًً وذكر أن مقداره عشرون هداً أو رطلاً
أو أردباً أو ذراعاً . وفي هذه الأحوال إذا كان المبيع يشتمل على المقدار المعين ،
لا أقل ولا أكثر ، فالعقد مانع بما ورد فيه ، ولا يرجع أحد المتبايعين على
الآخر بشيء . لكن قد يقع أن يكون مقدار المبيع أقل من المقدار المعين
في العقد ، وقد يقع أن يكون أكثر ، فتنشأ عن ذلك دعوى يرجع بها أحد
المتبايعين على الآخر . فنبعث إذن : (١) حالة نقص المبيع ، (٢) وحالة زيادة
المبيع ، (٣) والدعوى التي تنشأ من هذا النقص أو الزيادة .

٢٩٨ - حالة نقص المبيع : إذا وجد بالبائع نقص ، وكان هناك
اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب إعمال الاتفاق .
فاذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف الجاري في التعامل ، وقد يكون
النقص مما جرى العرف بالتسامح فيه وعندئذ لا يرجع المشتري على البائع بشيء
من أجل هذا النقص (٢) . فاذا كان النقص محسوساً لا يتسامح فيه ، كان

(١) أما إذا لم يعين مقداره ، ثم ظهر أقل مما يمتد المشتري أو أكثر مما يمتد البائع
فلا يظن في العقد إلا بالغلط إذا توافرت شروطه (الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٧٥
ص ١٢٢) .

(٢) استئناف مغلط ١٩ ديسبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٥٩ - ٥ أبريل سنة ١٩٠٥
م ١٧ ص ١٩٦ - وفي بيع المحصول إذا قدر برقم معين ونقص من هذا الرقم ، لم يكن البائع
مسئولاً عن هذا النقص إذا هو أثبت أنه بذل العناية المألوفة في الزراعة (استئناف مغلط ٢٨ يناير
سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٨) . فإذا طرأ طارئ ، كنقص في مياه الري أو فيضان ، وجب
عليه إخطار المشتري حتى يتمكن هذا من المعاينة والتحرط بقدر الإمكان ، وإلا كان البائع مسئولاً
(استئناف مغلط أول مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٣٨ - ٢ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢
ص ٢١١ - ١٢ يناير ١٩١١ م ٢٣ ص ١١١ - ١٣ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٤٠٧ -
١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٦ - أول ديسبر سنة ١٩٢٧ م ٤٠ ص ٦٠ - ٢٧ مارس
سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٩٢ - ١٨ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٩٢ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٤
م ٩٦ ص ٢١٩ - ٢٤ ديسبر سنة ١٩١٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ١٧ ديسبر سنة ١٩٤٤ م ٥٨ =

للمشتري أن يرجع على البائع بتعويض بسبب هذا النقص . وقد يكون هذا التعويض إنقاصاً للثمن بنسبة ما نقص من مقدار المبيع ، ولكن هذا لا يتحقق فالتعويض بقدر الضرر ، وقد يصيب المشتري ضرر أكبر من ذلك أو أقل فيتقاضى تعويضاً بقدر ما أصابه من الضرر . فإذا كان النقص جسيماً بحيث لو كان يعلمه المشتري لما رضى أن يتعاقد ، جاز له أن يطلب فسخ العقد .

ويلاحظ أن المشرع ، عندما جمل جزاء النقص في مقدار المبيع دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ ، لم يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له وبين ما إذا كان الثمن قد قدر بسمرة الوحدة أو قدر بحملة واحدة ، ففي جميع هذه الفروض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى فسخ المبيع . وقد كان التقنين المدني السابق يميز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض أو غير قابل له . ففي حالة ما إذا كان المبيع قابلاً للتبويض يكون للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ (م ٣٦٤/٢٩١ مدني سابق) ، سواء قدر الثمن بسمرة الوحدة أو قدر بحملة واحدة . وفي هذا يتفق أحكام التقنين السابق مع أحكام التقنين الجديد ، غير أن التقنين السابق كان يحتم إنقاص الثمن بنسبة النقص في مقدار المبيع (م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق) ، وكان لا يجعل للمشتري دعوى الفسخ إلا إذا كان النقص في مقدار المبيع يزيد على $\frac{1}{20}$ (م ٣٦٧/٢٩٣ مدني سابق) . وفي حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للتبويض ، وكان الثمن قد قدر بسمرة الوحدة ، كان للمشتري دعوى إنقاص الثمن أو دعوى الفسخ على النحو المقدم (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) . أما إذا كان الثمن قد قدر بحملة واحدة والمبيع غير قابل للتبويض ، فلم يكن للمشتري إلا دعوى للفسخ إذا كان النقص

(= ص ١٦) . ويجب أن يكون البيع واقعاً على محصول الأرض لا على كمية معينة (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩) . وقد يشترط البائع عدم ضمان العجز فلا يضمن (استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١١٢) . وقد يشترط المشتري على البائع ضمان العجز فيضمن (استئناف مختلط ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٤٨ - ٢٣ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩١) . وقد يكون تحديد الكمية في ظروف تمكن البائع من التثبت من مقدار المحصول على وجه الدقة فيتفقد هذه الكمية (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٢٤) .

يزيد على ١/٢٠ ، أو إبقاء البيع بكل الثمن المنفق عليه (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) ، فلم يكن مجيزاً لنقص الثمن على خلاف حكم التقنين الجديد (١) . وذلك أن التقنين السابق كان يعتبر القدر في المبيع إذا بيع بثمن مقدّر جملة واحدة وصفاً لا أصلاً ، والوصف لا يقابله شيء من الثمن ، فإذا نقص القدر لم ينقص الثمن .

٢٩٩ - حالة زيادة المبيع : وإذا وجد بالمبيع زيادة ، وكان هناك اتفاق خاص بين المتبايعين في خصوص هذه الحالة ، وجب العمل بهذا الاتفاق . فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب العمل بالعرف . فان لم يوجد لا اتفاق ولا عرف ، وجب التمييز بين ما إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة (٢) أو مقدراً جملة واحدة .

فإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع قابلاً للتبعض ، فالزيادة للبائع . ذلك أن الزيادة لم تدخل في البيع ، والمبيع لا يضره التبعض (٣) . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التقنين المدني السابق (م ٣٦٥/٢٩١ مدني سابق) . وإذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة وكان المبيع غير قابل للتبعض ، فالنص صريح في أنه يجب على المشتري أن يكمل الثمن ، إلا إذا كانت الزيادة جسيمة ف يجوز له أن يطلب فسخ العقد (م ٢/٤٣٣ مدني) . ذلك أن القدر في المبيع ، وإن كان المبيع غير قابل للتبعض ، يعتبر أصلاً لا وصفاً ما دام الثمن

(١) فادأ أبرم العقد قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سري التقنين السابق ، وإلا فيسري التقنين الجديد .

(٢) ويكون الثمن مقدراً بحساب الوحدة ولو ذكر في العقد إلى جانب سعر الوحدة مجموع الثمن ، فالمجموع في هذه الحالة لا يعمد أن يكون عملية حياية هي حاصل ضرب سعر الوحدة في مجموع الوحدات (استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكي فقرة ٣٢٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى ص ٢٩٦ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور . ص ١٣٤ هامش ٢) .

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، من أجل قدر المبيع وصفاً لا أصلاً - فلا يقابله شيء من الثمن - إذا كان الثمن قد قدر جملة واحدة ، دون تمييز بين ما إذا كان المبيع قابلاً للتبعض أو غير قابل له . ويترب على ذلك أن تكون الزيادة للبائع إذا كان الثمن مقدراً بحساب الوحدة ، وتكون للمشتري إذا كان الثمن مقدراً جملة واحدة (مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ ص ٦١) .

قا قدر بحساب الوحدة ، والأصل متقابل بالثمن . فإذا زاد المبيع وجب
المشتري تكملة الثمن بما يناسب الزيادة ، وكان للسابع حق الرجوع
عن المشتري بدعوى تكملة الثمن على هذا النحو . لكن قد تكون الزيادة
حسبة بحيث تكون تكملة الثمن المناسبة لهذه الزيادة من شأنها أن نجبر المشتري
بزهدي في المبيع وبود لو أنه لم يتعاقد ، في هذه الحالة يجوز للمشتري أن يطلب
فسخ البيع ، فلا يعود ملزماً بتكملة الثمن . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً
في التفسير المدني السابق ، فكان المشتري بالخيار بين تكملة الثمن أو فسخ البيع ،
إلا أنه كان لا يجوز له طلب الفسخ إلا إذا كانت الزيادة في المبيع أكثر
من ١/٢٠ (م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق) .

وإذا كان الثمن مقدراً حلة واحدة ، فسواء كان المبيع قابلاً للتعبير أو غير
قابل له ، فالظاهر ، بالرغم من سكوت النص ، أن قدر المبيع في هذه الحالة
محدد أصلاً على النحو الذي أشرنا إليه فيما تقدم ، والوصف لا يقابله
من الثمن . ومن ثم يكون للمشتري أن يأخذ المبيع بالثمن المتفق عليه ،
أو يدفع شيئاً للبائع في مقابل الزيادة . ويؤيد ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية
للمشروع التمهيدى من أنه « إذا زاد المبيع ، وكان الثمن مقدراً حلة واحدة ،
فإن المتعاقدين قصداً أن يكون المبيع بهذا الثمن ولو زاد على التدر المعين -
وهذا يتفق مع ما سبق ذكره من أن الوصف لا يقابله شيء من الثمن - ولذلك
ينبغي البيع ، ولا يطلب المشتري زيادة في الثمن ، إلا إذا كان هناك اتفاق
على غير ذلك (١) » . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في التفسير المدني السابق
م ٣٦٦/٢٩٢ مدني سابق .

٢٠ - نظام المماوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته :
وبخلص بما قدمناه أنه ينشأ عن نقص المبيع أو زيادته دعوى ثلاث : (١) دعوى
إنقاص الثمن ، تكون للمشتري إذا كان هناك نقص في المبيع على النحو الذي

(١) مجموعة الأعمال التفسيرية : ص ٦١ - ويبرر هذا الحكم أن البيع كان في يد البائع
وكان في يده أن يصف مقداره ، فإذا قصر في ذلك ، وباعه بشئ مقداره حلة واحدة ، فليس
له أن يمتنع بتفسيره بل دل ذلك على أنه ارتضى هذا الثمن في كل المبيع .

قدمناه. (٢) دعوى فسخ البيع ، تكون للمشتري أيضاً إذا كان هناك نقص جسيم في البيع ، أو كانت هناك زيادة وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة. (٣) دعوى تكملة الثمن ، تكون للبائع إذا كانت هناك زيادة في البيع وكان لا يقبل التبعيض وقد قدر الثمن بحساب الوحدة

وقد راعى المشرع في هذه الدعاوى الثلاث وجوب استقرار التعامل ، فيجعلها كلها تتقادم بمدة قصيرة هي سنة واحدة (م ٤٣٤ مدني) ، حتى لا يبقى البائع (١) مهلاً مدة طويلة برجوع المشتري عليه بانقاص الثمن أو بفسخ البيع ، وحتى لا يبقى المشتري كذلك مهلاً مدة طويلة برجوع البائع عليه بتكملة الثمن (٢).

(١) والبائع هو المستول ولو كان قبل البيع شريكاً في الشيوع ثم أفرز نصيبه وباعه مفزاً ، فإن الشريك الآخر لا شأن له بالمجز الذي يظهر في المبيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت حالة الشيوع بين الشريكين قد زالت بقسمة الأرض بينهما ، وأصبح كل منهما وقت أن تصرف في حصته مالكا لها ملكاً مفزاً محمداً ، فإن أيهما لا يضمن في هذه الحالة إلا المساحة التي يبيعها على التحديد في عقد البيع ، ولا شأن للآخر بأى حيز يظهر في المبيع . وذلك لأن تحميل كل منهما نصيباً من العجز لا يكون إلا مع بقاء حالة الشيوع بينهما ، أما بعد القسمة فإن كلا منهما يتحمل العجز الذي وقع في الحصة التي اختص بها (نقض مدني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة عمر ٣ رقم ٩ ص ٧٢) .

(٢) ويسرى هذا التقادم حتى لو كان البيع بالمزاد الجبري (استئناف مخطط ١٢ مارس سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٢٣ - ١٢ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٣٠٠ - ٢ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٢٣٥) - هذا ولا تسرى مدة التقادم هذه إلا لعجز أو زيادة في مقدار المبيع الذي تعين في العقد . أما إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب المشتري لقطعة أرض أخرى يدعى أن البيع يتناولها من المبيع ، أو بطلب البائع استبعاد قطعة أرض يدعى أن البيع لا يتناولها ، أو كان البيع يتناول قطعاً مختلفة من الأرض وتبين أن قطعة منها لا يملكها البائع فرفع المشتري دعوى الضمان ، أو كان اشترى مقدراً تقديره وقتياً على أن يقدر نهائياً بعد تقرير المبيع - فن جميع هذه الأحوال لا تتقادم الدعوى - وهي ليست دعوى عجز أو زيادة - بسنة بل تتقادم بخمس عشرة سنة وهي المدة العادية للتقادم (استئناف وطني ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ الحاماة ٤ رقم ٢٤ ص ٢١ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٤١ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٣ ص ٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٩٥ - ١١ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٦٨ - ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٢٥ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٧٩ - ١٥ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٥٣ - ٩ مايو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٣٨٦ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٢٥ ص ٢٩٢ - ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٨٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٠ - ٧ فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٤ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٣٧ - أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٥ ص ١٦٤)

وبدأ سريان التقادم من وقت تسليم المبيع تسليماً فعلياً ، في هذا الوقت يستعين المشتري أن يتبين ما إذا كان البيع فيه نقص يوجب إنقاص الثمن أو فسخ البيع ، أو فيه زيادة توجب عليه تكملة الثمن فيبادر إلى طلب الفسخ حتى يتوفى دفع هذه التكملة . ومن ثم اشترط القانون بأن يكون التسليم تسليماً فعلياً ، إذ التسليم الفعلي وحده دون التسليم الحكيم هو الذي يهيئ أسباب العلم بما تقدم . وانفسخ المجال للبائع نفسه إلى وقت تسليمه المبيع للمشتري تسليماً فعلياً ، فلا يدرن تقادم دعواه بتكملة الثمن إلا من هذا الوقت ، لأنه يتبين عادة في هذا الوقت ما إذا كان بالبيع زيادة تجعل له الحق في طلب تكملة الثمن (١) .

= فقرة ٢٥٤ ص ٥٩ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٢ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٩٠ ص ٢٢٠ - ص ٢٢١ وص ٢٢١ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٩ ص ٢٤٩ - ص ٢٥٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٥٧ و فقرة ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٦٠ ص ٢٠٥) . ولا تسرى مدة السنة على الدعوى المبنية على تعهد خصوصى حصل بعد سند البيع الأصلي وتعهد فيه المشتري بدفع ثمن الزيادة التي تظهر في مساحة الأطنان المبيعة (استئناف وطني ١٨ أبريل سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٩٧ ص ١٩٢) .

ولا يجوز الاتفاق على زيادة السنة أو على إنقاصها ، لأن المادة ٣٨٨ مدني قد قضت بأنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف على المدة التي عينها القانون (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٣ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٢٩ ص ٢٥٠ - قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٥٨) . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن اتفاق الخصوم على ميعاد للمطالبة بقيمة المبيع أو الزيادة فيه لا يمكن أن يترتب عليه تغيير في المدة المقررة لسقوط هذا الحق ، وإنما يترتب عليه فقط عدم سريان مدة السنة إلا من تاريخ الميعاد المتفق عليه (استئناف وطني ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ١ ص ٢٢٥) . ولكن يجوز أن يسقط حق المشتري في الرجوع على البائع بسبب عجز المدين قبل انقضاء السنة ، إذا وضع يده على المبيع وهو عالم بأسبغ بما يفهم منه أنه نزل نزولاً ضيقاً عن حقه (انظر م ٢٩٦/٢١٥ مدني سابق وقد تقدم ذكرها آنفاً فقرة ٢٩٧ في الهامش - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢١٥ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ١٩٠ ص ٢٢٤ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٠٠ هامش ١) .

وجوز إبداء الدفع بسقوط الدعوى بالتقادم لانقضاء سنة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف (استئناف وطني ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٦ ص ٢٩) .

(١) وغني عن البيان أنه إذا سقطت دعوى ابائع بتكملة الثمن بانقضاء سنة من وقت التسليم الفعلي ، لم يعد هنالك مقتضى لدعوى المشتري بفسخ البيع ليتفادى دفع تكملة الثمن ، فإن هذه التكملة لن تطلب منه لسقوط دعواها بالتقادم ، هذا إلى أن دعوى الفسخ في هذه الحالة تكون هي أيضاً قد سقطت بالتقادم مع سقوط دعوى تكملة الثمن ..

وقد كان التقنين المدنى السابق هو أيضاً يجعل مدة التقادم لهذه الدعاوى الثلاث سنة واحدة (١) ، ولكنه كان يجعل السنة تسرى من وقت البيع (م ٢٩٦/ ٣٧٠ مدنى سابق) ، أى فى وقت يسح ألا يكون المشتري أو البائع قد علم فيه بسبب نشوء دعواد ، ومن أجل ذلك كان هذا المحكم موضع انتقاد (٢) .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر فى عهد التقنين المدنى السابق بأن مدة السنة هى مدة سقوط لا مدة تقادم (استئناف مصر ١٦ أبريل سنة ١٩٣٠ الحاماة ١٠ رقم ٢/٤٢٦ ص ٨٦٥) . ولكنها قضت بأنه إذا صادف اليوم الأخير من السنة عطلة رسمية ، امتد الأجل إلى اليوم التالى استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ٢/٣١٤ ص ٦١٩) .

(٢) ولذا كان القضاء فى بعض أحكامه يحمل مبدأ سريان السنة من وقت التسليم للفعل (استئناف مصر ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣١ الحاماة ١٢ رقم ١/٣١٤ ص ٦١٩ - استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٨١ - ١٠ نوفمبر سنة ١٩٠٧ م ٢٠ ص ٧) . ولكه فى أكثر الأحكام كان يحمل مبدأ السريان من وقت العقد تطبيقاً للنص الصريح (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٢٢٢ - ٣٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٣٠١ - ١٤ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٤٩ - ٩ يونيه سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٤٢٢ - ٢٨ أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٥٤ - ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٠٠ - ٧ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١٤ - ٥ يونيه سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٨٧ - ١٤ يونيه سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٣٠) . على أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأن اتفاق المتبايعين على مقياس البيع فى وقت معين لمعرفة العجز أو الزيادة يحمل مبدأ سريان التقادم هو وقت المقاس لا وقت العقد (استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣١٦) .

وقد جاء فى الملائكة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد : « يتبين مما تقدم فى المادة السابقة - أن هناك حالات يطلب فيها المشتري إنقاص الثمن إذا نقص البيع نقصاً غير جسيم ، أو الفسخ إذا نقص البيع أو زاد بقدر جسيم ، وهناك حالات يطلب فيها البائع تكملة الثمن إذا زاد البيع زيادة غير جسيمة أو زيادة جسيمة لم تحمل المشتري على طلب الفسخ . فى هذه الحالات جيباً تسقط الدعوى فى الفسخ أو فى انقاص الثمن أو فى زيادته بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم البيع تسليم حقيقياً . وهذا الحكم أصح عيباً فى التقنين الحال (السابق) ، إذ جعل للتقادم يسرى لا من وقت العقد (م ٢٩٦/ ٣٧٠) ، بل من وقت التسليم الحقيقى للبيع ، فلا يكن التسليم الصورى . وظاهر أن التسليم الحقيقى وحده هو الذى يمسى للمشتري وللبائع كشف حقيقة النقص أو الزيادة فى البيع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٥) .

ويلاحظ أنه إذا أبرم عقد بيع قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ونشأ عن هذا العقد دعوى انقاص ثمن أو فسخ أو تكملة ثمن لوجود نقص أو زيادة فى البيع ، فإن التقادم يسرى من وقت العقد وفقاً لأحكام التقنين المدنى السابق . أما إذا كان البيع قد أبرم فى تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فإن أحكام التقنين الجديد هى التى تسرى ، ولا يبدأ التقادم إلا من (م ٣٧ - الوسيط ج ٤)

وغنى عن البيان أن مدة السنة لا توقف بسبب عدم توافر الأهلية ولولم يكن لدائن نائب مثله قانوناً (م ٢/٣٨٢ مدني) ولكنها تكون قابلة للانقطاع (١).

§ ٣ - ملحقات المبيع

٣٠١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (٢) » .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٨٥ - ٢٨٩ وطني والمواد ٢٥٨ - ٣٦٢ مختلط (٣) .

= وقت تسليم المبيع تسليمياً فعلياً . وقد ورد نص صريح في هذه المسألة ، اذ نصت المادة ٢/٧ مدني على ما يأتي : « على أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك على المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » .

(١) الأستاذ جميل الشوقوي فقرة ٦٠ ص ٢٠٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :

« ١ - يشمل التسليم ملحقات شيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء ، وذلك طبقاً لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين . ٢ - فإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع الأحكام الآتية ، ما لم يقض العرف بغير ذلك : (أ) بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به ، ولا يشمل منفرد يمكن فصله دون تلف . (ب) بيع الأراضي الزراعية لا يشمل ما فضج من المحصول . (ج) بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مفروسة ، ولا يشمل الثمار الباضجة . ولا الشجيرات المرروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل . (د) بيع الحيوان يشمل صغاره التي يرضعها كما يشمل الصوف والشعر المهبأ للجزء » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية « لأنها تتضمن تفصيلات لا ضرورة لها » ، وبقيت الفقرة الأولى وحدها مطابقة لما استقر عليه النص في التقنين المدني الجديد ، وأصبح النص رقمه ٤٤٥ في المشروع النهائي ، ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الترخيص تحت رقم ٤٣٢ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٤٤ - ص ٥٥ و ص ٤٧) .

(٣) التقنين المدني السابق م ٣٥٧/٢١٥ : يجب أن يكون التسليم شاملاً لتسليم ولجميع ما يمد

عن الملحق الضرورية له حسب جنس المبيع وقصد المتعاقدين .

وبقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٠ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢١ - وفي التقنين المدني العراقي مادتين ٥٣٦ - ٥٣٧ وفي تقنين المرجبات والعقود اللبناني المواد ٤١٨ - ٤٢١ (١).

= م ٣٥٨/٢٨٦ : في حالة عدم وجود شرط في عقد البيع تتبع القواعد المقررة في الأحوال الآتية بيانها ، إن لم يقض عرف الجهة بنزير ذلك .

م ٣٥٩ مختلط : بيع ابفرة الحلوب يشمل ولدها للرصيع .

م ٣٦٠/٢٨٧ : بيع البستان يشمل ما فيه من الأشجار المفروسة ، لا يشمل الأثمار الفضة ولا الشجيرات الموضوعة في الأوعية أو في بقعة مخصوصة منه المدة لسفل .

م ٣٦١/٢٨٨ : بيع الأرض لا يشمل ما فيها من المزروعات .

م ٢٨٩ وطني : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التي يمكن نقلها بدون تلف .

م ٣٦٢ مختلط : بيع المنزل يشمل الأشياء الثابتة فيه المرتبطة به ، ولا يشمل ما فيه من المنقولات التي يمكن نقلها بدون تلف . وفصلاً عن ذلك يتبع في هذه المادة عرف البلد .

(ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، لا سيما إذا رجعنا إلى ما حذف من نص المشروع التمهيدى فيما قدّمناه باعتباره تطبيقات للقواعد العامة) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤٠٠ (مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصري وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٩٧ - ١٠٥) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢١ ، مطابقة للمادة ٤٣٢ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٣٦ : على البائع أن يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن ...

م ٥٣٧ : يدخل في البيع من غير ذكر : (أ) ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً إلى الغرض من الشراء ، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبعيمها الرضيع . (ب) توابع المبيع المتصلة المستقرة ، فإذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدوده والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار ، وإذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المفروسة على سبيل الاستقرار . (ج) كل ما يجري العرف على أنه من مشتلات المبيع .

(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٦٨ - فقرة ١٧٠ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٣٨٥ - فقرة ٣٩٢) .

تقنين المرجبات والعقود اللبناني م ٤١٨ : موجب تسليم الشيء يشمل ملحقه :

م ٤١٩ : أن تسليم الثمن يشمل أيضاً الثوابت الحكيمة ، فهي تعد حتماً من ملحقات المبيع .

م ٤٢٠ : يشمل بيع الحيوان : أولاً صغيره الرضيع .

ثانياً : الصوف أو الشعر الذي حل مبيعات جزءه .

تسليم المبيع يشمل إذن تسليم ملحقاته . ونحدد أولاً ما هو المقصود بالملحقات ، ونورد بعد ذلك تطبيقات مختلفة تحدد ما تشتمل عليه الملحقات في حالات معينة .

٣٠٢ - **تحرير معنى ملحقات المبيع :** تقول المادة ٤٣٢ مدني كآرائنا ، إن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء . وبوهم النص أن ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع غير ملحقاته والواقع غير ذلك فكل ما أعد لاستعمال الشيء المبيع بصفة دائمة يعد من ملحقاته (١) فيلزم إذن تحديد ما هو المقصود بملحقات الشيء .

يحد هذا الغرض التمييز بين ملحقات الشيء وبين ما يقرب منها وقد يختلط بها فالشيء يشتمل على أجزائه ، وهذه ليست من الملحقات بل هي الأصل . فالدار مثلاً تشتمل على الأرض التي تقوم عليها والبناء القائم بما يدخل فيه من طبقات ، وتشتمل كذلك على السلم والردهات والحديقة إن وجدت وسور الدار إن كانت لها سور قائم ونحو ذلك . فهذه كلها أجزاء الدار وليست ملحقاتها . ونماء الشيء ليس من ملحقاته ، بل هو يدخل في أصل الشيء ، ويتميز بأنه أصل حادث وجد بعد البيع . فاذا بيع حيوان مثلاً ، فناء الحيوان أي كبره في الفترة ما بين البيع والتسليم داخل في أصله وليس ملحقاته ، وإن كان قد حدث بعد البيع . والتحاق طمى بأرض زراعية يعتبر نماء للأرض ويدخل في أصلها ، ولا يعتبر من ملحقاتها (٢) ، وقد حدث هذا أيضاً بعد البيع (٣) . ومنتجات (produit) الشيء ليست من أصله ، بل هي تتولد منه وليكن بصفة عارضة بصفة دورية . فالمعادن التي تستخرج من باطن المنجم ، والأحجار التي تقطع من المحاجر ، وولد الحيوان الذي يولد بعد البيع لا قبله (٤) ، كل هذه منتجات

== م ٤٢١ : إن المتومات والأشياء الثمينة الموجودة ضمن شيء من المنقولات لا تحسب داخلة في البيع ، إلا إذا نص على العكس .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(١) بودري وسبيا فقرة ٢١٤ من ٢١٧ .

(٢) قارن بودري وسبيا فقرة ٣١٦ .

(٣) أنظر أيضاً فقرة ٢٩٥ .

(٤) أما قبله فقد يكون من الملحقات .

الشيء ، فلا تدخل في أصله ، ولا تعتبر من ملحقاته . وثمرات (fruits) الشيء هي أيضاً ليست من أصله ولا تعتبر من ملحقاته ، بل هي ما يتولد من الشيء بصفة دورية ، كمحصولات الأرض وثمار الأشجار وربيع الدور وأرباح الأسهم والسندات .

أما ملحقات (accessoires) الشيء فهي ليست من أصله ، ولا من ثمراته . ولا من منتجاته ، ولا من ثمراته . فهي شيء غير الأصل والتماء ، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته ، وهذا ظاهر . وهي ليست متولدة من الأصل ، لا بصفة عارضة كالمنتجات ، ولا بصفة دورية كالثمرات ، وهذا أيضاً ظاهر . بل هي شيء مستقل عن الأصل ، غير متولد منه ، ولكنه أعد بصفة دائمة - لا بصفة وقتية - ليكون تابعاً للأصل وملحقاً به ، وذلك حتى ينهياً للأصل أن يستعمل في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال . فالملحقات هي إذن ما يتبع الأصل وبعد بصفة دائمة لخدمته ، أو كما تقول للمادة ٤٣٢ مدني هي « كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء » . فإذا كانت معدة بصفة وقتية لا بصفة دائمة ، كما إذا استأجر المالك مواشي وآلات لزراعة أرضه ، فإنها لا تعتبر من الملحقات .

واعتبار أن شيئاً ما يعتبر من ملحقات شيء آخر ، على الوجه الذي قدمناه ، أو لا يعتبر ، يرجع فيه إلى طبيعة الأشياء كما هو الأمر في اعتبار حقوق الارتفاق من الملحقات (١) ، أو إلى عرف الجهة كما هو الأمر في عدم اعتبار المشتات والشطأ من الملحقات ، وهذا كله مالم يوجد اتفاق بين المتبايعين . فالأصل إذن أنه إذا وجد اتفاق على اعتبار شيء من الملحقات ، وجب اعتباره كذلك ووجب أن يشمل التسليم . وإذا لم يوجد اتفاق ، وجب اتباع العرف ومطابقة طبائع الأشياء ، مع الاستهداء بالتطبيقات المختلفة التي منورها .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم بإزالة البناء الذي أقامه المدعى عليه في الأرض التي اشتراها مؤسماً على أن المشتري إذ قبل شراء الأرض مثقلة بحق ارتفاق مطل محكوم به في مواجهة البائع ، فقد التزم - التزاماً شخصياً - بالامتناع عن التعرض لمن تقرر له حق الارتفاق فهذا الحكم يكون موافقاً للقانون ، ولا يصح الطعن فيه بمقولة إنه إذ اعتبر الحكم الذي تقرر من الارتفاق في مواجهة البائع - على المشتري رغم عدم تسمية المدعى في المادة الثانية من قانون التسجيل (نقش مدني ١٢ بتاريخ ١٩٤٩ بمرسوم رقم ٣٧٢ من ٢٠٢) -

المشتري بتملك أصل البيع ونمائه بعقد البيع ، لأن الأصل والنماء - وهو من الأصل - يدخلان مباشرة في العقد . ويتملك المنتجات والثمرات لأنه ملك للأصل الذي تولدت منه المنتجات والثمرات ، ومن ملك الأصل متى ما تولد منه . ويتملك الملحقات لأنها تدخل ضمناً في عقد البيع ، ويشملها التزام التسليم . ونرى من هذا أن ملكية المشتري للثمرات ترجع إلى سبب غير السبب الذي يملك به الملحقات ، وقد صيقت الإشارة إلى ذلك (١) .

٣٠٣ - تطبيقات مختلفة في سمات المبيع : ونورد بعض تطبيقات

نوضح ماهي الأشياء التي يمكن اعتبارها ملحقات للمبيع في أحوال معينة . فالمبيع برجه عام ، أي كان ، تلحق به الأوراق والمستندات المتعلقة به ، كمستندات الملكية (٢) ، وعقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسري في حق المشتري وصورة من المستندات التي يستبقها البائع لتضمنها حقوقاً أخرى غير حق المشتري (٣) . ويلحق بالمبيع أيضاً حقوق الارتفاق التي قد تكون له ، وكذلك بوالص التأمين التي قد تكون معقودة لتأمينه ويكون المشتري بالنسبة إلى هذه البوالص خلفاً خاصاً (٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٨٣ .

(٢) استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٢٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٧ - ٢٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٧٧ - ٢٨ أكتوبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٢ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٢٦ ص ١٥ (حتى لو اشترط البائع ضمان الاستحقاق) .

(٣) أنظر المادة ٥٧٢ من المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد وتنص على أن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » . وقد سبق القول إن هذه المسألة قد حذفت في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة . أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٥٢ - ص ٥٣ - وانظر ص ٥٥ هامش رقم ١

(٤) وكذلك تنتقل الدعاوى التي تكون للبائع بالنسبة إلى الشيء المبيع ، كما لو كان المبيع أرضاً ونزعت ملكية جزء منها فينتقل التمويض إلى المشتري ، وكما إذا كان المبيع منزلاً فينتقل إلى المشتري دعوى البائع بالنسبة إلى المهندس والمقاول اللذين قاما ببناء المنزل (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠) ، ولكن لا تنتقل الدعوى التي لا يجهل فيها المشتري محل البائع =

وإذا كان المبيع منزلاً ، ألحق به الأشياء المثبتة فيه ، ولا تدخل في الملحقات المنقولات التي يمكن فصلها دون تلف . ويترتب على ذلك أن الأفران المثبتة في المطابخ والمغاسل (بنوار) المثبتة في الحمامات تعتبر من ملحقات المنزل المبيع ، ولا تلحق به المرايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة (١) .

وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، دخل في الملحقات حقرق الارتفاق لما قدمنا ، والمزروعات غير الناضجة دون المزروعات الناضجة فهذه لا تدخل (٢) . ودخل في الملحقات أيضاً الطرق الخاصة المتصلة بالطريق العام (م ٥٣٧ مدني عراقي) . فإذا كان المبيع « عزبة » ، دخل في ملحقاتها المواشي والآلات الزراعية وغيرها مما يعد عقاراً بالتخصيص ، وكذلك المخازن ووزراي المواشي وبيوت الفلاحين

= كخلف خاص ، من ذلك دعاوى التعريض التي تكون للبائع من إتلاف أو تخريب المبيع من الغير وقع قبل البيع ، ومن ذلك دعاوى العين التي قد تكون للبائع قبل بائه (أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ Vente فترة ١٠٥٠ - فترة ١٠٥١) . وتنتقل إلى المشتري دعاوى الضمان - ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية - التي للبائع قبل بائه (أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ Vente فترة ١٠٧١) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان عقد الإيجار منصوحاً فيه على أن كل ما يحدث المتأجر في الأعيان من إصلاحات أو إنشاءات تكون ملكاً للمؤجر ، ثم باع المؤجر هذه الأعيان ، فكل الحقوق التي كسبها المؤجر قبل المتأجر من هذا العقد تعتبر من ملحقات المبيع ، فتنتقل بحكم القانون إلى المشتري ، وتبعاً لذلك يكون للمشتري حق مطالبة المتأجر بتعويض الضرر الناتج من فعله غير المشروع بتلك الأعيان (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٦ ص ٨٢) .

- (١) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥٦ .
- (٢) أنظر المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٥٦ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن بيع الأرض الزراعية لا يشمل المحصول الذي حصده البائع وخزنه إلا إذا وجد اتفاق على العكس . والذي يدخل هو المحصول الذي لم ينضج باعتباره من ملحقات الأرض ، أما ما نضج منه ويمكن جنيه في وقت قصير فلا يدخل (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٤٧ ص ١١٢) . ومع ذلك أنظر استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٤٢ (لا يدخل المحصول القائم ولو كان غير ناضج دون اتفاق : أنظر منها الفسخ ١٦ أكتوبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٤٤ ص ٥٤ - كمبر مندر ٨ يوليو سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٤٤ ص ٦٤) .

نحو ذلك (١) . وكذلك يدخل من هذه الملحقات بلسبة ما يباع من العزبة على الشبوع ، أما إذا بيعت العزبة أجزاء مفترزة لم تدخل هذه الملحقات تبعاً لأي جزء مفترز منها ، بل تبقى للبائع (٢) .

وإذا كان المبيع بستاناً (أرض جنائن) ، دخل في ملحقاته الأشجار المفروسة والثمار التي لم تنضج ، بل لعل هذه تعتبر أجزاء المبيع لا مجرد ملحقات . ولا يدخل في الملحقات الأثمار الناضجة ، ولا الشجيرات المزروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل (الشطأ أو المشتل) (٣) .

وإذا كان المبيع مصنعاً ، دخل في ملحقاته المخازن التي تودع فيها المصنوعات . المنازل التي أقيمت لعمال المصنع ومطاعمهم وملاعبهم ونحو ذلك . وإذا كان مبيع متجراً ، فإن البضائع وعقد إيجار المكان الذي أقيم فيه المتجر والاسم التجاري (٤) « وماركة الفابريكة » والعملاء وحقود المستخدمين والعمال والتزامات

(١) وإذا بيعت أرض زراعية ، لم يدخل دون ذكر في ملحقاتها بيوت ومبان تكون عزبة مستقلة ، وبخاصة إذا كانت مساحة هذه العزبة تصل إلى فدان والأرض المبيعة كلها لا تزيد على ٤٢ : ١٦ (استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٥٧) - ولا يدخل دون ذكر المواتي في الأرض الزراعية التي امتنع البائع نقلها بسبب إجراءات صحية (استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٨) . ويدخل تبعاً للأرض النخل المزروع فيها (استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٥٥) . ويقضى بحرف بالألا تدخل سرائي دون ذكر (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٥) . أما الدوار فيجب قصد المتبايعين (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٦١) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لا يدخل في بيع الأرض ما هو عليها عند البيع من أبنية أو وابورات أو مواش أو ما أشبه ذلك إذا لم يذكر صراحة في عقد البيع دخولها ضمن المبيع ، فإذا كانت الأرض مشغولة بالأبنية أو الوابورات وكان نص عقد البيع قاصراً على الأراضي اعتبر البيع عن الأرض فقط (استئناف وطني ٣ يونيو سنة ١٩٠١ المحرق ١٦ ص ٢٢١) ، ولا تدخل في بيع الأراضي المخازن المعدة لحفظ الحصاد حتى المبني منها في الأراضي « لا الآلة البخارية لرى هذه الأراضي مع رى غيرها ، إذا لم يذكر شيء صريح في عقد البيع » استئناف وطني ١٣ يونيو سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية ٣ ص ١٦٨ .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٣١٥ .

(٣) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ .

(٤) مع إضافة عبارة تفيد خلافة المشتري للبائع في متجره إذا كان الاسم التجاري هو الاسم نفسه للبائع .

للتجر وديونه ، كل هذا تعتبر عناصر المتجر ، فهي أجزاءه وليست مجرد ملحقات له (١). أما ملحقاته فهي بوليصة التأمين إن وجدت ومستندات الملكية ودفاز الحسابات وعناوين العملاء ونحو ذلك .

وإذا كان المبيع حيواناً ، دخل في ملحقاته الولد الرضيع ، لا الذي شب عن الرضاع إذا كان قد ولد قبل البيع ، أما إذا ولد بعد البيع فهو من متجانه ويدخل في البيع كما قدمنا . ودخل أيضاً الصوف الشعر ولو كان مهياً للجز (٢) ، بل إن ذلك قد يعد من أجزاء المبيع .

وإذا كان المبيع سيارة ، فإن عجلاتها وأدوات الإدارة فيها تعتبر من أجزائها . أما الرخصة وبوليصة التأمين ومستندات الملكية ، فتعتبر من ملحقاتها (٣) .

وإذا كان المبيع مؤلفاً أو لوحة رسم أو تمثالاً أو غير ذلك من الأعمال الأدبية والفنية ، فإن حق طبعه مرة أخرى - طبع الكتاب أو تصوير اللوحة أو عمل نموذج من التمثال - يكون من ملحقات المبيع (٤) . ولكن إذا باع المؤلف عدداً محدوداً من النسخ من مؤلفه دون أن يبيع حقه كؤلف ، لم يحز للمشتري أن يعيد طبع الكتاب . وإذا كان المبيع اختراعاً (brevet d'invention) ، دخل في ملحقاته المستندات التي تشتمل على سر الاختراع وكيفية الإفادة منه إفادة كاملة (٥) .

(١) قارن بودرى وسينيا فقرة ٣٢٠ . وقد نصت المادة ٤ من قانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها على أنه « لا يقع امتياز البائع إلا على أجزاء المحل المبنية في العقد ، فإذا لم يمين على وجه الدقة ما يتناوله الامتياز ، لم يقع إلا على عنوان المحل التجاري واسمه والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية » . وهذا التحديد خاص بما يتناوله امتياز البائع لا بعناصر المبيع ، لأن العناصر يدخل فيها دون شك البضائع والمهمات والسلع (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٠٨ ص ٢٥٨) .

(٢) المشروع التمهيدى والمذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٦ - وانظر المادة ٤٢٠ من تقنين الموجبات والعقود البنائي (انظر آتفاً فقرة ٣٠١ في الهامش) .

(٣) وإذا كان المبيع طيارة ، دخل في ملحقاتها الترخيص المجدد لها في الطيران ، لا سيما إذا كان المشتري قد اشترط ذلك على البائع (امتثانف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣١٠) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٣٢٣ . ومع ذلك فقد قضى قانون ٩ أبريل سنة ١٩١٠ في فرنسا بأن حق الطبع لا يدخل في البيع إلا بشرط خاص (كولان وكابيفان ٢ فقرة ٨٩١ ص ٥٩٧) .

(٥) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٧ ص ٩٠ .

وإذا كان المبيع أسهماً وسندات ، فإن قسائم الأرباح (الكوبونات) المستحقة قبل البيع لا تدخل في الملحقات إلا باتفاق خاص ، أما قسائم الأرباح التي تستحق بعد البيع (١) فهي من الثمرات لا من السندات . وإذا ربيع السند حائزة اعتبرت جزءاً من السند ، أو هي في القليل من منتجاته .

وإذا كان المبيع منقولاً آخر ، دخل في ملكه ثباته للصندوق الذي يحتويه ، وجد ، ومستند ملكيته . ولكن لا يدخل في الملحقات الأشياء الثمينة التي قد توجد ضمن المنقول ، كما إذا بيعت ساعة من فضة فلا يدخل في ملحقاتها السلسلة الذهبية التي قد تكون أكبر قيمة من الساعة ذاتها (٢) .

المطلب الثاني

كيف يتم التسليم

٣ - طريقة التسليم وزمانه ومكانه ونفقاته : يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري في الزمان والمكان المعينين . ونفقات التسليم تكون في الأصل على البائع .

نبحث إذن : (١) طريقة التسليم (٢) زمان التسليم ومكانه (٣) نفقات التسليم .

١٩ - طريقة التسليم

٣٠٥ - النصرة القانونية : تنص المادة ٤٣٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١٥ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام البائع

(١) استئناف مغلداً ٣ مديرونة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٣٥ .

(٢) انظر المادة ٤٢١ من تقنين الموجبات والعقود البناني (أنفاقرة ٣٠١ في الهامش) .

قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع .
٢ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضى المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد ٢٧١/٣٤٢ - ٢٧٣/٣٤٤ (٢) .
ويتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٦ من المشروع الشهادي على الوجه الآتي :
١ - يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن هذا من حيازته والانتفاع به دون عائق ، حتى لو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، مادام يعلم أن المبيع قد أصبح تحت تصرفه .
٢ - ويكون تسليم المبيع على النحو الذي يتفق مع طبيعته . فيتم تسليم العقار بتسليم المفاتيح أو مستندات التملك ، أو بتخلية البائع له . ويكون تسليم المنقول بالسلطة أو بتسليم مفاتيح المكان الذي يوجد فيه ، أو بتحويل سند الإيداع أو التخزين ، أو بتسليم هذا السند . ويتم تسليم الحق بتسليم سنده ، أو بالتخليص في استعمال هذا الحق ، وإذا كان استعمال الحق يستلزم حيازة شيء وجب على البائع أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء دون عائق .
٣ - ويجوز أن يتم التسليم بمجرد الاتفاق إذا كان البيع في حيازة المشتري قبل البيع ، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية . وفي لجنة المراجعة - كانت الفقرة الثانية لها نص .
٤ - وأصبحت المادة رقمها ٤٤٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب .
وفي لجنة الشيوخ استبدلت عبارة « ما دام البائع قد أسلمه بذلك » بعبارة « ما دام يعلم أن المبيع تحت تصرفه » ، وقد قصد بهذا التعديل ضبط المسك ، وأصبحت المادة رقمها ٤٢٤ .
ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٦٧ ومن ٦٩ - ص ٧١) .

(٢) التقنين المدني السابق م ٢٧١/٣٤٢ : تسليم المبيع هو عبارة عن وضعه تحت تصرف المشتري بحيث يمكنه وضع يده عليه والانتفاع به بدون مانع . ويحصل وفاء الالتزام بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري وعلمه بذلك ولو لم يتسلمه بالفعل . م ٢٧٢/٣٤٢ : يكون تسليم الأشياء المبيعة بحسب جنسها ، فتسليم العقار إذا كان من المباني يجوز أن يكون بتسليم مفاتيحه ، وإذا كان عقاراً آخر بتسليم حقيبته ، وهذا وذلك إن لم يكن مانع لو وضع يد المشتري عليه . وتسليم المنقولات يكون بالسلطة من يد إلى يد ، أو بتسليم مفاتيح المخازن الموضوعة فيها تلك المنقولات . ويجوز حصول التسليم بمجرد إرادة المتعاقدين إذا كان المبيع موجود تحت يد المشتري قبل البيع لسبب آخر . م ٢٧٢/٣٤١ : تسليم مجرد استرق يكون بتسليم سنداتهما ، أو بتصرف البائع المشتري بالانتفاع بهما إن لم يوجد مانع من الانتفاع المذكور . (ولا تختلف أحكام التقنين السابق من أحكام التقنين الجديد) .

المادة ٤٠٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ١٠٨ - ٥٤٠ وفي تقنين الموجبات والعتود البناني المواد ٤٠٢ - ٤٠٤ (١).
وبين من النص أن التسليم إما أن يكون تسليماً فعلياً أو تسليماً حكماً .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٣ (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١١٦ - فقرة ١٣٠) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٤ : (مطابقة للمادة ٤٣٥ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٣٨ : ١ - تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتسار به المشتري من قبضه دون حائل . ٢ - وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يقبضه وسكت ، يعتبر إذناً من البائع له في القبض .
م ٥٣٩ : إذا كانت الدين المبيعة موجودة تحت يد المشتري قبل البيع فاشتراها من المالك ، فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشتري قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة .
م ٥٤٠ : ١ - إذا أجر المشتري المبيع قبل قبضه إلى بائنه ، أو بائنه منه ، أو وهبه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أي تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للمبيع .
٢ - وإذا أجره قبل قبضه لغير البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف في أي تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد قام هذا البيع مقام قبض المشتري .
(والأحكام في التقنين العراقي لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري . أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٥٨ - فقرة ١٦٤ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٧٢ - فقرة ٢٨٤) .

تقنين الموجبات والعتود البناني م ٤٠٢ : التسليم هو أن يضع البائع أو من يمثله الشيء المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع أن يضع يده عليه وأن ينتفع به بدون مانع .
م ٤٠٣ : يتم التسليم على الأوجه الآتية : أولاً - إذا كان المبيع عتاراً فالتخلي عنه وتسليم مفاتيحه عند الاقتضاء ، بشرط ألا يلاقى المشتري إذ ذاك ما يحول دون وضع يده على المبيع . وثانياً - إذا كان المبيع من المنقولات ، فبالسليم الفعلي أو بتسليم مفاتيح المبانى أو الصناديق المحتوية على تلك المنقولات أو بأية وسيلة أخرى مقبولة عرفاً . ثالثاً - يتم التسليم ، حتى بمجرد قبول المتعاقدين ، إذا كان إحضار المبيع غير ممكن في ساعة البيع ، أو كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري لسبب آخر . رابعاً - ويتم أيضاً بتحويل أو بتسليم شهادة الإيداع أو سند الشحن أو وثيقة النقل إذا كان المبيع أشياء مودعة في المستودعات العامة .

م ٤٠٤ . إن تسليم المبيعات غير المادية ، كحق المرور مثلاً ، يكون بتسليم الأستاد التي تثبت وجود الحق ، أو بإجازة البائع للمشتري أن يستعمله بشرط ألا يحول حائل دون هذا الاستعمال - وإذا كان موضوع الحق غير مادي وكان استهلاكه يستوجب وضع اليد على شيء ما ، فعل البائع حينئذ أن يمكن المشتري من وضع يده على هذا الشيء بدون مانع .
حكام في التقنين البناني لا تختلف عن الأحكام في التقنين المصري) .

٣٠٦ - التسليم الفعلي : يكون التسليم الفعلي ، كما تقول الفقرة الأولى

من المادة ٤٣٥ مدني فيما قدمناه ، بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ، ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً ، ما دام البائع قد أعلمه بذلك . فالتسليم الفعلي ينطوي إذن على عنصرين : (١) وضع المبيع تحت تصرف المشتري : ويشترط حتى يعتبر المبيع موضوعاً تحت تصرف المشتري أن يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك (١) . ولكن لا يشترط أن تنتقل الحيازة فعلاً إلى المشتري بحيث يستول على المبيع استيلاء مادياً ، وما دام المشتري متمكناً من هذا الاستيلاء فإن البائع يكون قد نفذ التزامه بالتسليم ، حتى قبل أن يستول المشتري على المبيع (٢) ، وحتى لو لم يستول عليه أبداً (٣) . ذلك أنه كما تقول الملائكة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (٤) - إذا كان التسليم التزاماً في ذمة البائع ، فإن التسليم وعمو حيازة المشتري بالفعل

(١) استثنائات مخطط ١٢ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ من ٢٥٥

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٧٠ من ٧٥ .

(٣) ويخلص من ذلك أنه يجب التمييز بين تسليم المبيع وبين انتقال حيازته . فقد يعتبر المشتري متمكناً للمبيع دون أن تكون له حيازته . وذلك إذا وضع تحت تصرفه دون أن يستول عليه استيلاء مادياً . وفي هذه الحالة يعتبر المشتري مستوفياً لالتزام التسليم ، ولكنه لا يعتبر حائزاً للمبيع . فلا يستطيع أن يبدأ التقادم ، إذا كان قد اشترى من غير مالك ، ولم يستول بعد على المبيع . وإذا كان المبيع منقولاً وكان المشتري حسن النية وقد اشترى من غير مالك ، فإنه لا يستطيع التملك بالحيازة لتملك المنقول ما دام لم يستول عليه استيلاء مادياً . وإلا باع شخص منقولاً يمكنه من شخصين متعاقبين ، وأعطى لكل منهما إذناً في تسلمه من المخزن الذي يوجد فيه ، وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى الاستيلاء الفعلي على المنقول ، فإنه يستطيع التملك بالحيازة لتملك المبيع ، ولا يستطيع المشتري الأول أن يحتج عليه بأنه تسلم المنقول أولاً بموجب إذن التسليم (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ من ٤٩ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٩ من ٧٥ هامش ٢) .

هذا ويسمى التسليم الذي لم يعقبه تسلم في بعض الأحيان تسليماً قانونياً ، تمييزاً له عن التسليم الفعلي الذي يعقبه التسليم (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٦ من ١٢٦) . ونؤثر أن نحفظ بعبارة التسليم الفعلي لكل تسليم مادي ، أعقبه التسليم أو لم يعقبه ، تمييزاً له عن التسليم الحكي الذي سنعرض له فيما بعد .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٦٩ .

للمبيع التزام في ذمة المشتري (١). (٢) أن يعلم البائع المشتري بوضع البيع
تصرفه على النحو المتقدم الذكر . وقد كان المشروع التمهيدي للمادة ٤٣٥
مدني يقول في ذلك عن المشتري : « مادام يعلم أن البيع قد أصبح تحت تصرفه » ،
وفي لجنة مجلس الشيوخ استبدلت بهذه العبارة عبارة « مادام البائع قد أعلمه
بذلك » ، وقصد بهذا التعديل « ضبط الحكم » (٢) . ويظهر من ذلك أنه أريد
ألا يكون علم المشتري بوضع البيع تحت تصرفه أو جهله بذلك محل منازعة بينه
وبين البائع ، فرؤى ضبطاً للحكم أن يكون علم المشتري مستمداً من البائع نفسه
حسماً لكل نزاع محتمل . فيجب إذن ، حتى يتم التسليم ، أن يخطر البائع المشتري
أن البيع قد وضع تحت تصرفه . ولا يوجد شكل معين لهذا الإخطار ، فقد
يكون بانذار رسمي إذا أراد البائع الاحتياط الشديد ، وقد يكون بكتاب مسجل
أو غير مسجل ، وقد يكون شفويًا ولكن يقع على البائع عبء إثبات أنه قام
بهذا الواجب وأنه أخطر المشتري فعلاً بوضع البيع تحت تصرفه .

ومتى اجتمع هذان العنصران : فإن البائع يكون قد أتم تنفيذ التزامه بتسليم
المبيع (٢) .

٣٠٧ - تطبيقات في التسليم الفعلي : يتنى في التسليم الفعلي أن نورد
بعض تطبيقات تبين كيف يكون وضع البيع تحت تصرف المشتري على النحو
الذي قدمناه ، سواء كان ذلك في العقار أو في المنقول أو في الحقوق المحردة .

(١) وقد يبادى المشتري البائع فيقبض المبيع دون اعتراض من البائع ، فيكون هذا تسليمًا
صحيحاً يبرى ذمة البائع من التزامه . ويقول التقنين المدني العراقي في الفقرة الثانية
من المادة ٤٣٨ : « وإذا قبض المشتري المبيع ورآه البائع وهو يتقبضه وسكت ، يعتبر إذناً من
البائع له في القبض » (أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٠ — وانظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٨ —
ص ٦٩ - وفي بيع التجربة يتم بيع التسليم حتى قبل تجربة المشتري للمبيع ، فالتسليم غير التجربة
وعر يسببها عادة (الأستاذ أنور سلطان فقرة ١٩٤ ص ٢٣٧) . ويجوز للبائع ، لإتمام التسليم ،
أن يعرض البيع على المشتري عرضاً حقيقياً ، وعرضه على المشتري أمام المحكمة البضاعة المبيعة هو
مرض حقيق (انظر مدني ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٠ ص ٣١٠) .

فاذا كان المبيع عقاراً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون أولاً بشخصية البائع له . فاذا كان داراً يسكنها البائع ، وجب عليه أن يخلها وأن يخرج ماله من أثاث وأمتعة فيها . وإذا كانت أرضاً زراعية ، وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله فيها من مواش وآلات ونحو ذلك . فلابد إذن من إخلاء العقار أولاً ، ثم يأتي بعد ذلك تمكين المشتري من الاستيلاء عليه . ويقع كثيراً أن يكون مجرد إخلاء العقار منظوياً في الوقت ذاته على تمكين المشتري من الاستيلاء عليه (١) ، ولكن قد يقتضى الأمر أن يسلم البائع المشتري مفاتيح الدار حتى يتمكن من دخولها (٢) ، أو مستندات ملكية البائع للدار أو الأرض حتى يتمكن المشتري من التصرف فيها (٣) ، أو عقود الإيجار الواقعة على الدار أو على الأرض حتى يتمكن المشتري من التعامل مع المستأجرين : أو بوالص التأمين حتى يتمكن المشتري من التعامل مع شركة التأمين ، أو ذلك كله أو بعضه بحسب ما يكون في يد البائع . وقد رأينا أن المادة ٥٧٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد - وقد حذفت لأنها مستفادة من القواعد العامة كما قدمنا (٤) - كانت تنص على أن « يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع ، وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء » .

وإذا كان المبيع منقولاً ، فإن وضعه تحت تصرف المشتري يكون عادة بمناولته إياه بدأ بيد ، ويتيسر ذلك في المنقول في أكثر الأحيان . ولكن قد يحصل ذلك أيضاً بتسليم المشتري مفاتيح منزل أو مخزن أو صندوق أو أى مكان

(١) فلا ضرورة لئى عمل رمزى بصحب وضع العقار تحت تصرف المشتري (استئناف مخطط ٧ يناير ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) .

(٢) استئناف مخطط ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٦ .

(٣) وليس من الضروري أن تكون مستندات الملكية كاملة قاطعة في أن البائع هو المبيع ، فالبايع ملزم بتسليم المستندات التى معه للمشتري ، فإذا تبين بعد ذلك أن هذه المستندات لا تقطع في ملكية البائع للمبيع ، وتعرض أحد المشتري أو ظهر للمبيع سحق ، فعند ذلك يرجع المشتري على البائع بضممان التعرض أو الاستحقاق (بلانجيل وريجر وهامل ١٠ فقرة ٧٣) . ويجرد التأخر في تسليم البائع مستندات ملكيته للمشتري لا يبرر فسخ البيع (استئناف مخطط

٤ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٢٣) .

(٤) انظر آنفاً فقرة ٢٠ في الخامس .

آخر بخبري هذا المنقول (١) ، أو بتحويل سند الشحن أو الإبداع أو التخزين
أو ترى إن كان المنقول مشحوناً أو مودعاً أو مخزوناً في جهة ما (٢) ، أو بتسليم
هذا السند للمشتري إذا كان للسند لحامله (٣) . وقد يحصل ذلك بمجرد التخلية ،
كما إذا كان المبيع محمولات لا تزال قائمة في الأرض أو ثماراً لا تزال فوق
الأشجار ، فيخلو البائع ما بينها وبين المشتري حتى يستولي هذا عليها (٤) . وقد
يحصل ذلك بافراز الشيء المعين بنوعه فقط في حضور المشتري ودعوته لتسلمه ،
وبقع الإفراز بالعدد أو الكيل أو الوزن أو المقاس .

وإذا كان المبيع حقاً مجرداً ، كحق المرور ، فانه يوضع تحت تصرف المشتري
بمجرد سنده إن كان له سند سابق ، أو بالترخيص للمشتري في استعمال هذا الحق
مع تمكنه من ذلك بإزالة ما قد يحول بينه وبين المرور (٥) . قد يكون المبيع حقاً
شخصياً لا حقاً عينياً ، كما في حوالة الحق ، وعندئذ يوضع الحق تحت تصرف
المحال له بتسليمه سند الحق لتمكينه من استعماله في مواجهة المحال عليه (٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن حيازة مفتاح الخزانة هي حيازة ومزية لمنقول غير
حاصل فعلاً في اليد ، وليست بذاتها دليلاً قاطعاً على حيازة ما هو في الخزانة . وكون الشيء
مستقلاً فعلاً في حوزة من يدعى حيازته أو غير حاصل فيها هو من الواقع الذي يحصله قاضي
الموضوع في كل دعوى بما يتوافر فيها من دلائل . وإذا كان القانون قد نص في باب البيع على
أن يتم المنقولات المبيعة يصح أن يتم بتسليم مفاتيح الخازن الموضوع فيها ، فان هذا النص
لا يعني أن كل من يحمل مفتاحاً لخزانة يكون ولا بد حائزاً فعلاً لمحتوياتها ، لأن حل المفتاح
لا يترتب عنه حتماً أن حامله مسلط على الخزانة .. فحيث تدل الظروف على أن حامل مفتاح الخزانة
كان متسلطاً فعلاً على ما فيها جاز اعتباره حائزاً وإلا فلا . وما يراه قاضي الموضوع في هذا الشأن
هو رأى في مسألة واقعية يستقل هر بتقديرها ولا يخضع قضاؤه فيها لرقابة محكمة النقض (نقض
مدني ٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ، رقم ١١٧ ص ٣٢٧) .

(٢) ويجوز للمشتري في هذه الحالة أن يحول السند إلى آخر ، ولآخر حق قبض المبيع المودع
أو المخزون (استئناف مختلط ٢٤ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٦٤) .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية : ص ٦٩ .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤ ص ٢٩٥ .

(٥) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التفسيرية : ص ٦٩ .

(٦) بيدان ١١ فقرة ٣٨٧ - بودرى وسينيا فقرة ٢٩٦ ص ٢٠١ - وفي الأسهم
وأكبيالات والشيكات لحاملها يكون التسليم بالمناولة ، وفي السندات والشيكات الإذنية يكون
التسليم بالانظهير ، وفي السندات الإسمية لا يتم التسليم إلا بعد القيد في دفاتر الشركة (م ٢٩
و ١١٢٣ تباري) .

وينبني من هذه التمايقات - كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي (١) - أن طريقة التسليم تنكيف حسب طبيعة المبيع (٢).

٣٠٨ - **التسليم الحكمي** : ويقوم مقام التسليم الفعلي على النحو الذي قدمناه التسليم الحكمي ، أو كما تدعوه المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي (٣) ، التسليم المعنوي . والتسليم الحكمي يتم - كما تقول الفقرة الثانية من المادة ٣٤٥ مدني فيما رأينا - بمجرد تراضي المتعاقدين ، وبتراضيان على أن المبيع قد تم تسليمه من البائع إلى المشتري . ويتميز التسليم الحكمي بذلك عن التسليم الفعلي بأنه اتفاق (convention) أو تصرف قانوني (acte juridique) ، وليس بعمل مادي .

وللتسليم الحكمي صورتان : (الصورة الأولى) أن يكون المبيع في حيازة المشتري قبل البيع ، باجازه أو إعاره أو ودیعة أو رهن حيازة أو نحو ذلك ، ثم يقع البيع . فيكون المشتري حائزاً فعلاً للمبيع وقت صدور البيع ، ولا يحتاج إلى استيلاء مادي جديد لينتم التسليم . وإنما يحتاج إلى اتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته ، ولكن لا كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن ، بل كمالك له من طريق الشراء . فتغير نية المشتري في حيازته للمبيع ، وإن كانت الحيازة المادية تبقى كما كانت (٤) . وهذه الصورة هي التي كان التفتيش المدني السابق (م ٢٧٢/٣٤٣) ينص عليها وحدها . (الصورة الثانية) أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع ، ولكن لا كمالك ، فقد خرج عن الملكية بعقد البيع ، بل كمتأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن رهن حيازة أو غير ذلك مما يترتب على عقد يتم بين المشتري والبائع بعد البيع ويستلزم نقل حيازة الشيء من المشتري إلى البائع . فبدلاً من أن يسلم البائع المبيع للمشتري بموجب عقد البيع ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٦٩ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٦ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ من ٦٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ من ٦٩ .

(٤) ويسمى هذا التسليم : tradition brevi manu .

ثم يعود إلى نسله من المشتري بموجب عقد الإيجار أو أى عقد آخر ، بين البيع في يد البائع بعد أن يتفق الطرفان (١) على أن هذا يعد تسليمًا من البائع للمشتري ثم إزاء حيازته من المشتري للبائع بموجب العقد الجديد الذى تلى عقد البيع . ويصح أن يكون هذا العقد الجديد عقد بيع ثان أو عقد هبة ، فيبيع المشتري الشيء للبائع بعد أن اشتراه منه أو يهبه إياه ، ومن ثم يبنى الشيء في حيازة البائع كمالك له ، ولكن بعقد بيع جديد أو بعقد هبة لا على حكم الملك الأصلي (٢) . وهذه الصورة الثانية لم يفرض لها التقنين المدنى السابق ، وشملها الفقرة الثانية من المادة ٤٣٥ من التقنين المدنى الجديد فيما قدمناه .

وكلتا صورتين الأولى والثانية ليست إلا تطبيقاً لمبدأ عام في انتقال الحيازة من شخص إلى آخر انتقالاً حكماً ، وقد ورد هذا المبدأ في المادة ٩٥٣ مدنى إذ تنص على أنه « يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز و سماً يده لحساب من يخلفه في الحيازة ، أو استمر الخلف و اضعاً يده ولكن لحساب نفسه ، (٣) .

وقد أورد التقنين المدنى العراقى صورة ثالثة للتسليم الحكى يمكن الأخذ بها في مصر دون نص لأنها تتفق مع القواعد العامة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٠ من هذا التقنين على ما يأتى : « وإذا أجره (المشتري) قبل قبضه البائع أو باعه أو وهبه أو رهنه أو تصرف فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، وقبضه العاقد ، قام هذا القبض مقام قبض المشتري (٤) . وتتميز هذه الصورة عن صورتى التسليم الحكى المتقدمتين ، بأن فيها انتقالاً مادياً لحريزة البيع . كما تتميز عن التسليم الفعلى ، بأن الحيازة لا تنتقل مادياً إلى المشتري نفسه ، بل إلى شخص آخر يعد نائباً عنه في تسلم البيع ، هو شخص تعاقد مع

(١) ويسمى هذا الاتفاق : *contitut possessoire* (بودرى وسينيا فقرة ٢٩٤)

(٢) وتنص الفقرة الأولى من المادة ٤٠٤ مدنى عراقى في هذا المعنى على أنه « إذا أجر المشتري البيع قبل قبضه إلى بائه ، أو باعه منه ، أو وهبه إياه ، أو رهنه له ، أو تصرف له فيه أى تصرف آخر يستلزم القبض ، اعتبر المشتري قابضاً للبيع » أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

(٣) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٦٩ .

(٤) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الهامش .

المشتري واستلزم التعاقد أن يقبض البيع هو أيضاً ، كمتأجر من المشتري أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن وعن حيازة أو مستر أو موهوب له . فبعد قبض هذا الشخص الآخر قبضاً فعلياً بالنسبة إلى العقد الذي أبرمه مع المشتري ، وقبضاً حكماً بالنسبة إلى عقد البيع ، ويقوم القبض الأول مقام القبض الثاني .

§ ٢ - زمان التسليم ومكانه

٣٠٩ - زمان التسليم : كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد

يشتمل على نص يعين زمان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٨ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : « يجب أن يتم التسليم في الوقت الذي حدده العقد ، فإذا لم يحدد العقد وقتاً لذلك وجب تسليم المبيع في الوقت الذي يتم فيه العقد ، مع مراعاة المواعيد التي تستلزمها طبيعة المبيع أو يقتضيها العرف » (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة للمراجعة « لأنها مستفادة من القواعد العامة » (٢) .

والواقع من الأمر أن هذه المادة المخلوطة باستفاد حكمها في خبر معناه من القواعد العامة المقررة في الفصل المتعلق بالوفاء ، وتقررها المادة ٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : « يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - على أنه يجوز

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٧/٣٤٨ ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « يجب أن يكون التسليم في الوجه المعين له في العقد ، وإذا لم يشترط له شيء بهذا الخصوص وجب التسليم وقت البيع مع مراعاة المواعيد المقررة بحسب المهرات » . وهذا نص يورد نفس الأحكام التي أوردتها المشروع التمهيدى فيما قلناه ، وإن لم يذكر صراحة للمواعيد التي تقتضيها طبيعة المبيع ، ولكن على ما يمكن استخلاصها من اتفاق ضمنى بين المتبايعين . ولا يوجد في التقنين السوري ولا التقنين الليبي ولا التقنين العراقي نص مقابل ، فالقواعد العامة هي التي تسري كما في مصر . وينص تقنين الموجبات والمقررات اللبنانية في المادة ١٠٢/١ على ما يأتي : « يجب أن يكون التسليم في الوقت المعين له في العقد ، وإذا لم يعين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها طبيعة المبيع أو العرف » . وهذا الذي يغتز في حكمه مع حكم التقنين المصري .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧١ في المحاضر و ص ٢٤ في المحاضر .

في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين
على سبيل أو آجال بنفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق
الدان من هذا التأجيل ضرر جسيم .

فالأصل إذن أن يتم التسليم فوراً بمجرد انعقاد البيع ، وهذا إذا لم يتفق
المتبايعان على ميعاد معين يتم فيه التسليم ، أو كان هناك عرف يقضى بتسليم
المبيع في ميعاد معين ، أو اقتضت طبيعة المبيع شيئاً من الوقت في تسليمه ،
أو أمهل القاضى البائع في تسليم المبيع إلى وقت معين لوجود أسباب تبرر هذا
الإمهال (١) .

والذى يقع عادة أن المتعاقدين يتفقان في عقد البيع على ميعاد التسليم ،
فيجب العمل بهذا الاتفاق . فان لم يوجد اتفاق ، فقد يقضى العرف بالتسليم
في ميعاد معين ، ويقع ذلك كثيراً في التعامل التجارى حيث يحدد العرف مهلة
مينة لتسليم المبيع . فان لم يكن هناك اتفاق ولا عرف ، واقتضت طبيعة المبيع
تأخير التسليم إلى وقت معين ، كما إذا كان المبيع شيئاً غير معين إلا بنوعه وكان
المفهوم أن البائع سيحصل على المقادير المبيعة من السوق ثم يسلمها بعد ذلك
للمشتري ، فان طبيعة المبيع هنا تقتضى أن يتأخر التسليم وقتاً معقولاً يتيسر فيه
للبيع الحصول على المقادير المبيعة من السوق (٢) . فان لم يكن هناك اتفاق
أو عرف ولم تقتض طبيعة المبيع تأخيراً في التسليم ، وجب أن يكون التسليم
فوراً بمجرد انعقاد البيع كما قدمنا ، إلا إذا وجدت ظروف تبرر منح القاضى

(١) نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٢٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٣ ص ٢٧٣ .
(٢) وإذا سكنت المشتري عن دفعات من المبيع متأخرة بسبب أزمة طرأت ، ثم عاد بعد مدة
طويلة عندما ارتفعت الأسعار يطالب بالتأخير ، لم يحق له ذلك لأن سكوته دليل على نزوله
عن حقه (استئناف مختلط ١٩ أبريل سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٢٦٤) . ولا يستحق تعويض عن
تأخر البائع في تسليم المبيع إلا بعد الإعذار (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣
ص ٣٠٠) . ولا حاجة للإعذار إذا كان البائع قد أرسل البضائع في وقت متأخر مما يتحتم منه
تأخرها عن ميعاد التسليم (استئناف مختلط ٢٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٦٨) . ولكن الأصل
هو ضرورة إعذار البائع المتأخر في التسليم (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥
ص ١٧٠ - ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧ - ١٠ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨
ص ٣٠٦ - ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٥٣ - ٤ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٦٨
١٩ ديسمبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ٩٧ - ٢٣ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٦٩) .

للبائع مهلة في التسليم ، كما إذا كان المبيع بضاعة يستورد بها البائع وقد تأخرت في الطريق وكانت الظروف تشفع للبائع في أن يمنحه القاضي هذه المهلة .

على أنه يلاحظ أن الثمن إذا كان مستحق الدفع ولم يدفعه المشتري ، فللبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى يستوفي الثمن (١) ، حتى لو منع المشتري نظرة المبصرة . وهو في ذلك يستعمل حق حبس المبيع المقرر له ، والذي منعرض له تفصيلاً فيما يلي .

٣١٠ - ملأه التسليم : كان المشروع التهدي للفقهاء المدني الجديد بيشمل أيضاً على نص يعين مكان تسليم المبيع ، فكانت المادة ٥٧٩ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : ١ - يجب أن يتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام العقد ، ما لم يتفق على غير ذلك . ٢ - فإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده ، اعتبر موجوداً في موطن البائع (٢) . وقد حذفت هذه

(١) فلو تسلّم المشتري المبيع دون إذن البائع وقبل أن يدفع الثمن الحال ، لم يكن ذلك التسليم صحيحاً ، وجاز للبائع استرداد المبيع . ولكن إذا ملك المبيع في هذه الحالة وهو في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان الهلاك على المشتري (م ٢٧٤/٢٤٥ مدني سابق ، وهي تطبيق للقواعد العامة فيسرى حكمها دون حاجة إلى نص) .

وإذا اشترط ميعاد لدفع الثمن دون أن يشترط ميعاد لتسليم المبيع ، وجب تسليم البائع فوراً بمجرد البيع وتأخير الثمن إلى حلول أجله (استئناف مختلط ٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ١٤) . وإذا كان ميعاد التسليم ولم يتم ، كان البائع مسئولاً عن التعويض إلا إذا منع عن ذلك قوة القاهرة كتأخر طرود البريد بسبب الحرب (استئناف مختلط ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٢ - وعلى البائع إثبات القوة القاهرة (استئناف مختلط ١٢ أبريل ١٩١٦) م ٢٨ ص ٢٥١ - أنظر أيضاً في تأخر البائع في التسليم بسبب القوة القاهرة أو بخطأ منه : استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٢٣ - ١٠ مايو سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٠٦ - ٧ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤١٤ - ٢ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٩٦ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٣ - ٧ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢١٤) .

(٢) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٢٧٥/٢٤٦ ، وكانت تجرى على الوجه الآتي : « يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت البيع ، ما لم يشترط ما يخالف ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع الحكم المقرر في المادة المحذورة . وكانت المادة ٢٧٦/٢١٧ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « إذا تمين في عقد البيع محل لوجود المبيع فيه غير محل وجوده الحقيقي ، فيكون هذا التعيين ملزماً للبائع بنقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري =

التي أيضاً ، لأنها مستفادة من القواعد العامة » (١) .

والنص المذكور يستفاد حكمه فعلاً من القواعد العامة المقررة في فصل الوفاء ، وتقررها المادة ٣٤٧ مدني على الوجه الآتي : ١ - إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . ٢ - أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال .

فالأصل إذن ، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات ، أن يكون التسليم في المكان الذي يكون هذا الشيء موجوداً فيه وقت انعقاد البيع (٢) . وقد يكون الشيء المعين بالذات منقولاً لم يعين مكان وجوده وقت البيع ، فالمفروض عندئذ أن المنقول يصحب البائع حيث يقيم ، فيكون مكان تسليمه في موطن البائع أو في مكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال . أما إذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات بل معيناً بنوعه ، أو كان حقاً مجرداً

== ذلك . وفي حالة ما إذا لم يمكن النقل أو ترتب عليه تأخير مضر بالمشتري ، يكون له الحق في البيع مع أخذ التضمينات إذا كان البائع حصل منه تدليس » . وهذا النص مجرد تطبيق للقواعد العامة ، فيسرى حكمه دون حاجة إلى نص (الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زكي نقلة ٢٠١٦) .

ولا يوجد في التقنين السوري ولا في التقنين الليبي نص مقابل ، فالقواعد العامة هي التي تسرى كما في مصر . وتنص المادة ٥٤١ من التقنين المدني العراقي على أن : ١ - مطلق العقد يقتضي تسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد . وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده ، اعتبر مكانه محل إقامة البائع . ٢ - أما إذا اشترط في العقد على البائع تسليم المبيع في محل معين ، لزمه تسليمه في المحل المذكور . والنص تطبیق للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التي تسرى في مصر . وتنص المادة ٤٠٥ من تقنين المورجبات والمقود البناني على أنه : يجب تسليم المبيع في محل وجوده وقت إنشاء العقد ، ما لم يشترط العكس - إذا عين في عقد البيع محل لوجود المبيع غير المحل الذي يكون فيه حقيقة ، وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى المحل المعين إذا طلب المشتري نقله » . وهذا النص أيضاً تطبیق للقواعد العامة ، ويتفق مع الأحكام التي تسرى في مصر .

(١) مجرمة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٢ في الهامش و ص ٧٤ في الهامش .

(٢) استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٢ .

كحق شخصي حوله الدائن ، فان التسليم يكون في موطن البائع أو في مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال ، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقضى بأن الدين يسمى إليه (portable) ولا يسمى (quérable) . وهذا كله ما لم يتفق المتبايعان على مكان آخر يسلم فيه المبيع ، فيجب حينئذ العمل بهذا الاتفاق . فإذا عين للمبيع مكان وجود غير مكان وجوده الحقيقي ، كان هذا بمثابة اتفاق على أن يكون التسليم في هذا المكان المعين ، وكان البائع ملزماً بنقل المبيع من مكانه الحقيقي إلى المكان المعين .

٣١١ - زمان تسليم المبيع المصدر ومكانه - نص قانوني :

وقد ينص القانون ، في حالات خاصة ، على تعيين زمان التسليم ومكانه . من ذلك نصت عليه المادة ٤٣٦ مدني ، في خصوص المبيع إذا وجب تصديره للمشتري ، من أنه إذا وجب تصدير المبيع للمشتري ، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (١) .

فإذا كان المبيع يجب تصديره إلى المشتري في مكان غير المكان الذي هو فيه ،

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٧٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي

استقر عليه في التقنين الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٤٩ من المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ٧١ و ص ٧٢ - و ص ٧٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ومن ثم كانت القواعد العامة هي التي تسرى ، فيكون مكان التسليم هو موطن البائع - أي مكان التصدير لا مكان التوريد - لأن البائع هو المدين بالتسليم ، وكذلك زمان التسليم هو زمان الإرسال لا زمان الوصول (أنظر آتياً فقرة ٢٤٨) . ويقابل النص في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٤ (مطابقة للتقنين المصري) - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٥ (مطابقة للتقنين المصري) - ولا مقابل له في التقنين المدني العراقي (فتسرى القواعد العامة وهذه تقضى بمكان التصدير وزمان الإرسال) - وفي تقنين الموجبات والمعقود البنائي المادة ٤٠٦ وتجري على الوجه الآتي : إذا كان من الواجب إرسال المبيع من مكان إلى آخر ، فالتسليم لا يتم إلا ساعة وصول المبيع إلى المشتري أو إلى مثله . وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني المصري الجديد . ويتساند مع المادة ٤٠٦ الآتية الذكر المادة ٢٩٩ من نفس التقنين البنائي ، وتجري على الوجه الآتي : يحصل البائع بخاطر المبيع في مدة سفره إلى أن يستلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

خصائع يشحنها البائع للمشتري ، فان القواعد العامة التي قدمناها كانت تقضى ، بكون التسليم في مكان محطة الشحن لأنها مركز أعمال البائع المدين بالتسليم ، فتم التسليم في هذا المكان وفي وقت الشحن . وفي هذا الوقت أيضاً يتم إفراز المبيع إذا كان في الأصل شيئاً غير معين إلا بنوعه ، فتنقل الملكية إلى المشتري وتكون تبعة الخلاك عليه في الطريق . ونرى من ذلك أن واقعة الشحن هذه كانت ، طبقاً للقواعد العامة ، تحدد وقت إفراز المبيع ووقت نقل ملكيته ووقت التسليم ومكانه ومبدأ انتقال تبعة الخلاك إلى المشتري . ولكن المادة ٤٣٦ مدني المتقدمة الذكر جاءت استثناء من هذه القواعد العامة . فحالم يتفق المتبايعان على أن يكون التسليم عند الشحن أو عند التفريغ وفي هذه الحالة يعمل بهذا الاتفاق ، فان النص يقضى بأن يكون التسليم عند وصول المبيع إلى المشتري أي عند التفريغ ، ويكون ذلك في موطن المشتري الذي هو دائن بالتسليم ، لا عند الشحن الذي هو موطن البائع وهو المدين بالتسليم .

ومن ثم يجب التمييز في هذا الصدد بين الشيء المعين بالذات والشيء المعين بنوعه . فإذا كان المبيع المصدر منقولاً معيناً بالذات ، انتقلت ملكيته إلى المشتري بمجرد البيع ، وكان زمان التسليم ومكانه عند التفريغ وفي محطة الوصول ، وكانت تبعة الخلاك على البائع قبل التسليم ، فيكون خطر الخلاك في الطريق على البائع لا على المشتري . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، ويغلب أن تكون بضاعة يصدرها تاجر إلى تاجر آخر ، فان ملكية البضاعة لا تنتقل إلا بالإفراز ، والإفراز يتم عند التسليم . وزمان التسليم يكون في هذه الحالة أيضاً وقت التفريغ (١) ، ومكانه محطة الوصول . فتنقل الملكية إذن عند التفريغ ، ولما كان

(١) ويراعى المؤلف والمعرف في تقدير الزمن الذي تصل فيه البضاعة المصدرة (استئناف مخطوط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٩) ، فتأخر نحو شهرين في وصول البضاعة المصدرة من ميناء بعيد يكون مقتضياً (استئناف مخطوط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣١) . وتحديد زمن الوصول مع اقتران التحديد بتحفظ ، كأن يقول « إذا أمكن » ، لا يفترض فيه أن يكون الزمن ثلاثة أسابيع المؤلف (استئناف مخطوط ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ٧٤ ص ٢٦٤) . وإذا اشترط المشتري وصول البضاعة في وقت معين وإلا كان البيع مفسوخاً ، كان المشتري الحق في رفض البضاعة التي وصلت بعد الجلاء ، وليس عليه إعداء البائع (استئناف مخطوط ١٤ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٩ ص ١٢٤) .

خطر هلاك البضائع التي تخرج من مخزن البائع في الطريق على من يملكها
(٩٤ تجارى) ، فان تبعة الهلاك تكون على البائع اذ هو المالك الى أن تصل
البضائع محطة التفرغ (١)

§ ٣ - نفقات التسليم

٣١٢ - نفقات تسليم المبيع على البائع : وكان المشروع التمهيدى
يشتمل كذلك على نص يعين من تكون عليه نفقات تسليم المبيع ، فكانت
المادة ٥٨٠ من هذا المشروع تنص على أن : نفقات التسليم على البائع إلا إذا وجد
اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك ، ويدخل في هذه النفقات ما صرف على المبيع
في نقله إلى مكان التنفيذ وفي مقاسه ووزنه وحزمه (٢) وقد حذفت هذه المادة
هي أيضاً لأنها مستفادة من القواعد العامة (٣) .

والنص المخلوف يستفاد حكمه فعلاً من القواعد العامة ، وتقررها المادة ٣٤٨
مدنى في فصل الوفاء على الوجه الآتى : « تكون نفقات الوفاء على المدين ،
إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٤٨ - وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة
الأعمال التحضيرية ، ص ٧٢ .

(٢) ويقابل هذا النص في التفتين المدنى السابق المادة ٢٨٣/٢٥٤ ، وكانت تجرى على الوجه
الآتى : « على البائع مصاريف تسليم المبيع ، كأجرة نقله لمل التسليم وأجرة كياله ومقاسه
ووزنه وغير ذلك » . وهذا الحكم يتفق مع حكم كنص المخلوف .

ولا مقابل للنص لا في التفتين المسمى ولا في التفتين المسمى ، فتسرى القواعد العامة كما في
مصر ، وتكون مصروفات التسليم على البائع إذا لم يكن اتفاق أو عرف مخالف . وفي التفتين
المدنى المراقى تنص المادة ٤٢٢ ، على أن : تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن تلزم
البائع وحده ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وهذا الحكم يتفق مع القواعد
العامة . وفي تفتين الوجبات والمفود المبناى تنص المادة ٤١٢ على أن : يحصل للبائع -
إذا لم يكن نص أو عرف مخالف - : أولاً - مصاريف التسليم كأجرة القياس أو القوزن
أو المد أو تعيين الحجم - ثانياً - المصاريف اللازمة لإنشاء الطريق أو نقله إذا كان المبيع يمر
مادى . وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصرى .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٧٢ - ص ٧٤ .

فالأصل إذن أن البائع - وهو المدين بالتسليم - هو الذى يتحمل نفقاته .
 ويدخل فى هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع
 لا يوزن إلا بأحد هذه الطرق ، فإن الإفراز عملية ضرورية للتسليم تسبقه وتمهد له .
 ويدخل أيضاً فى نفقات التسليم مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم
 إذا لم يكن هذا المكان حيث يوجد المبيع فعلاً ووجب نقله إلى مكان آخر .
 ويدخل كذلك فى نفقات التسليم مصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة ،
 أو مفاتيح المكان الذى يوجد فيه المبيع ، إلى المشتري . وإذا كان على المبيع
 تكاليف تحملها البائع كما إذا كان بضاعة مستوردة ويجب دفع الرسوم الجمركية
 عليها حتى يتسلمها البائع ليسلمها للمشتري ، فتكون الرسوم الجمركية
 على البائع (١) . وكل مصروفات أخرى يستلزمها وضع المبيع تحت تصرف
 المشتري حتى يتم التسليم تكون على البائع .

وهذا إذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المشتري
 لا على البائع . فأجرة عداد النور أو المياه مثلاً - وهى مصروفات لإفراز المبيع -
 تدخل فى الأصل على البائع ، أى على شركة النور أو شركة المياه (٢) ، ولكن
 كثيراً ما يقضى الاتفاق بأن تكون أجرة العداد على المستهلك . كذلك قد يقضى
 العرف بأن يكون الوزن والكيل ونحو ذلك على المشتري لا على البائع ، أو مناصفة
 بين المشتري والبائع .

٣١٣ - نفقات تسليم المبيع على المشتري - اهالة : وسرى أنه إذا كان

تسليم المبيع التزاماً فى ذمة البائع ، فإن تسلمه التزام فى ذمة المشتري (م ٤٦٤ مدنى)
 ومن ثم تكون مصروفات التسليم - كمصروفات نقل المبيع من مكان التسليم
 إلى الجهة التى يريد بها المشتري ورسوم المرور والترانزيت والدخولية وغير ذلك -

(١) فإذا زادت الرسوم الجمركية فى الفترة ما بين البيع ودفع هذه الرسوم ، لم يكن للبائع
 حق فى زيادة الثمن ، كما أنها إذا نقصت لم يكن المشتري حق فى إنقاص الثمن (قارب بلانيول
 وريبير وهامل ١٠ ص ٧٩ هامش ١) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الاموال التحضيرية ٤ ص ٧٣ .

على المشتري لا على البائع ، إلا إذا وجد اتفاق أو عرف يجعل هذه المصروفات على البائع . وسنعود إلى ذلك عند الكلام في تسليم المشتري للمبيع (١) .

المطلب الثالث

الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم

(تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم

٣١٤ - التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في المثلين :

وإذا أخل البائع بالتزام التسليم على النحو الذي قلناه ، فامتنع عن التسليم ، أو سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع ، أو تأخر في التسليم عن زمانه ، أو أراد تسليم المبيع في غير مكانه ، أو ارتكب أية مخالفة أخرى لأحكام التسليم التي سبق أن بسطناها (٢) ، فإن المشتري يستطيع أن يطالبه بالتنفيذ العيني

(١) انظر ما يلي فقرة ٤٢٤ .

(٢) كأن يكون البائع لم يف بالثمن إلى بانه فلم يتمكن من أخذ المبيع وتسليمه للمشتري (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٥) ، أو كأن يكون البائع قد تصرف في المبيع ولا يمكنه الحصول على مثله ، وفي هذه الحالة إذا أخطر البائع المشتري بذلك لم تعد هناك حاجة لأن يعذر المشتري البائع (استئناف مختلط ٢٣ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٦٧) ، أو كأن يكون البائع لم يسلم ملحقات المبيع (استئناف مختلط ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ١٤) . ويستحق التعويض بمجرد ثبوت أن سر البضاعة وقت وجوب التسليم أعلى من الثمن (استئناف مختلط ٢ فبراير سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٣٥) . ويستند بالسعر وقت وجوب التسليم لا وقت المطالبة التي قد تتأخر (استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ - ١٤ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٩٥ - ٩ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٣٨) . وإذا وجب تسليم المبيع على دفعات ، نظر إلى وقت وجوب التسليم بالنسبة إلى كل دفعة (استئناف مختلط ٢١ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٠٩) . ويجب على البائع الحصول على المبيع (التغطية) وقت وجوب التسليم وإلا تحمل الفرق (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١١٨) . والتعويض عن تأخر البائع في تسليم المبيع هو ثمرات المبيع من وقت البيع إلى وقت التسليم بعد خصم فوائد ما تبقى من الثمن غير مدفوع (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٢٧) . وفي بيع القطن إذا اشترط المشتري عند علم التسليم مبلغاً معيناً أو دفع الفرق في المدة ، لم يجوز للمشتري أن يجمع بين التعويضين بل عليه أن يختار أحدهما ، وفي حساب الفرق في السعر يجب الاعتماد باليوم الذي كان يجب تسليم القطن فيه (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٢٦ م ٤٨ ص ٢٥٩ - ٢١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٣٦٤) .

إذا كان ذلك ممكناً ، كما يستطیع أن يطلب فسخ البيع وللقاضی سلطة تقديرية في إجرائه إلى طلبه ، وله أن يطلب في الحالتين تعويضاً عما عسى أن يكون أصابه من الضرر من جراء إخلال البائع بالتزامه (١) . وكل هذا يكون طبقاً

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن للمشتري عند تأخر البائع في التسليم الخيار بين التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التضمينات في الحالتين . وليس في رفع الدعوى بأي من هذين الطلبين نزول عن البائع الآخر . وليس للبائع أن يحتج بأن المشتري لم يدفع الثمن مع أن المتفق عليه دفع الثمن قبل التسليم إذا كان الثابت أن البائع لم يبد استعداده للتسليم حتى بعد إنذاره من المشتري أن المشتري على استعداد لدفع كامل الثمن عند تسلمه المبيع بالسعر المتفق عليه كما اشترط في البيع (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٨ ص ٢٢٢) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة إذ قضت برفض الدعوى التي أقامها الدائن بطلب فسخ البيع قد أقامت قضاءها على أن الدقيق موضوع البيع شحن سليماً غير مصاب بالتلف الذي وجد به عند تحليكه ، وأن التأخير في تفريغ شحنة السفينة وفي وصول وثائق الرسالة كان راجعاً إلى ظروف الحرب ، وأن البائنة بمجرد علمها بتفريغ الدقيق لم تال جهداً في سبيل الحصول على إذن تسليم يحمل محل سائفة الشحن الذي تأخرت ، وأن هناك عوامل تجبعت ولم يكن للبائنة دخل فيها حالت دون وصول الدقيق إلى المشتري وسببت تأخير البند في عملية التخليص ، وأنه على فرض هطول أمطار غزيرة أثناء تخزين الدقيق في المراء لدى شركة الاستيداع وكانت من عوامل زيادة تلفه فلا يصح أن تسأل عنه البائنة لأنه هكذا كان نظام التخزين في المراء بحكم الضرورة في ذلك الوقت ، فهذا تحصيل موضوعي سائغ (نقض مدني ٢٢ مايو سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٦٧ ص ١٠٨٨) .

ولا يجوز للمشتري فسخ البيع أو طلب تعويض لتأخر البائع في التسليم إلا إذا أعذر البائع (استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ٦ ص ١٤٠ - استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٠٢ - ٢٠ بونية سنة ١٨٩٤ م ٩ ص ٣٤٧ - ١٨ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٦ - ١٧ نوفمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ١١ - ١٧ مارس سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٠٣ - ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٥ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٢٤) . فإذا لم يعذر المشتري البائع ورفعه عليه دعوى الفسخ والتعويض ، ولم يتمسك البائع بعدم الإعذار بل ناقش المشتري في نتائج عدم تنفيذه بالتزامه ، لم يعد للبائع بعد ذلك الحق في التمسك بعدم الإعذار (استئناف مخطوط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٧٨) . وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ وجب عليه أيضاً طلب التعويض ، فلا يستحق دعوى التعويض إلى دعوى مستقلة يرفعها بعد دعوى الفسخ (استئناف مخطوط ٢٠ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٤٨) . ولا يجوز للمشتري طلب الفسخ إذا كان إخلال البائع بالتزامه إخلالاً غير جسيم ، كما إذا تأخر في تسليم مستندات ملكية المبيع (استئناف مخطوط ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٠٤ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٣ م ٥٢ ص ١٩٣ - أول أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٥٨) ، أو سلم أكثر المبيع بعد انقضاء ميعاد التسليم =

لقواعد العامة التي قررناها في نظرية العقد وفي نظرية تنفيذ الالتزام (١) فإذا تأخر البائع عن التسليم مثلاً ، كان للمشتري أن يطالبه بالتعويض عما أصابه من ضرر بهذا التأخر (٢) ، كأن يكون المبيع بضائع رخص سعرها عند تسليم المشتري لها متأخرة وكان يستطع بيعها بثمن أعلى لو أنه تسلمها في الميعاد (٣) . بل يجوز للمشتري ، طبقاً للقواعد العامة ، أن يشتري البضائع التي امتنع البائع عن تسليمها ، ويكون ذلك على نفقة البائع . ويحصل البائع على إذن من المحكمة قبل الشراء ، وعند الاستعجال بحر نه دون إذن ، لكن بعد

= (استئناف مخطط ٢٦ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٠٢٠) وإذا كان الساعون متعددين وكانوا متضامنين في التزاماتهم نحو المشتري ، وحصل المشتري كل مسع السع لإخلالهم بهذه الالتزامات ، كانوا متضامنين في التعويض المستحق للمشتري (استئناف مخطط ٢٠ مايو سنة ١٩٠١ م ١٢ ص ٣١٩) .

(١) وقد يتفق المتبايعان في عقد البيع على أنه إذا تأخر البائع في تسليم المبيع كان للمشتري فسخ العقد ، ومثل هذا الاتفاق يجعل الفسخ من خيار المشتري ، فإذا اختاره أجابه المدعى إلى طلبه وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن ، ولكن يجوز ألا يختار المشتري الفسخ . هذه الحالة ويبدل عنه إلى طلب التنفيذ (بلاتيرول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٢ — الآ — عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٢٦ ص ٢٠٠ — ص ٢٠١) . وقد يكون البيع عقد توريد ، فيورد البائع السلعة للمشتري بكميات معينة في أوقات دورية ، فلا يتناول الفسخ ما سبق توريده من الكميات إلا إذا كان العقد غير قابل للتجزئة (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٥٢ — دي باج ٤ فقرة ١٠٤ — أنسيكلويدى دالوز vente فقرة ١١٨٤ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٥ مكررة ص ٢٦٩) . وإذا رفع المشتري دعوى الفسخ لتأخر البائع في التسليم ، ثم عرض البائع أن يسلم المبيع ، فإن هذا العرض لا يتسهم معه رفض دعوى الفسخ (استئناف مخطط - مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) .

(٢) استئناف مخطط ٣١ يناير سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٣٤ — ٢٤ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٦٤ — ٣ يونيو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣٣١ — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ١٠ — ٨ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٥ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧٧) .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن للمشتري الذي باع العين التي اشتراها بأزيد من الثمن الذي اشترى به أن يرجع على البائع في حالة الحكم بفسخ البيع ، ليس فقط بالثمن الذي دفعه إليه ، بل بالتضمينات أيضاً . ومن ضمن هذه التضمينات الفرق بين الثمن الذي اشترى به الثمن الذي باع به لسير (استئناف وطني ٢ ديسمبر ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ٢/١٢ ص ١١٦) .

إعذار البائع ، أن يشتري البضائع على نفقته (١) .

- ولما كان الالتزام بالتسليم التزاما بتحقيق غاية كما قدمنا ، فإن البائع إذا لم يعلم المبيع للمشتري ، حتى لو كان ذلك راجعاً إلى سبب أجنبي ، كما إذا هلك للمبيع أو تلفه بقوة قاهرة أو حادث فجائي ، فإن البائع يكون مع ذلك لم يحم بالتزامه بالتسليم فيصبح مسئولاً عن ذلك . ومن ثم تكون تبعة هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم على البائع لا على المشتري ، وهذا ما تنتقل الآن إليه ، فتستعرض حالة هلاك المبيع هلاكاً كلياً ، ثم حالة هلاكه هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته لتلف أصابه (٢) .

١٥ - تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم

٣١٥ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٣٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه ، انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن ، إلا إذا كان الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع » (٣) .
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٩٧/٣٧١ (٤) .

(١) على أنه لا يجوز للمشتري أن ينتظر مدة طويلة ، حتى إذا ما ارتفع السعر طالب بالتنفيذ بمعنى ، بل يعتبر انتظاره هذه المدة الطويلة بمثابة عدول منه عن طلب التنفيذ الذي إلى طلب الفسخ (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٥٩ - أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٤١) .

(٢) وينتفى بالتقادم التزام البائع بالتسليم ، ومدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت نفاذ الالتزام بالتسليم (استئناف مختلط أول يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ١٧٢ - ٣ يونيو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٨٠) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨١ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ١٥٠ من المشروع النهائي . ورائق عليه مجلس النواب ، فجلس النيوخ تحت رقم ٤٢٧ (مجموع الأعمال التشريعية ٤ ص ٧٥ ص ٧٦) .

(٤) التفسير المدني السابق : م ٢٩٧/٣٧١ : إذا هلك المبيع قبل التسليم ولو بدون تقصير البائع أو إهماله ، وجب فسخ البيع ورد الثمن إن كان دفع ، إلا إذا كان المشتري قد دعى لاستلام المبيع بورقة رسمية أو بما يقوم مقامها أو بمقتضى نص العقد .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٥ -
وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٦ - وفي التقنين المدني العراقي للمادتين
٥٤٧ - ٥٤٨ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المواد ٣٩٦ - ٤٠٠ (١) .

= (والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد . ومع ذلك أنظر المادة ٢٤١/٣٠٧ مدني سابق ، وكانت تجعل تبعة الهلاك في الشيء غير المعين إلا بنوعه على المشتري بعد الإفراز ، ولكن لما كان يطلب أن يتم الإفراز وقت التسليم ، فقد كانت تبعة الهلاك هنا أيضاً تنتقل للمشتري عند التسليم في الغالب . الأستاذ محمد علي إمام فقرة ١٨٧ ص ٣١٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٥ (مطابقة للمادة ٤٣٧ من التقنين المدني المصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٢٤) .
التقنين المدني الليبي م ٤٢٦ (مطابقة للمادة ٤٣٧ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٤٧ : ١ - إذا ملك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه للمشتري جلك على البائع ولا شيء على المشتري ، إلا إذا حدث الهلاك بعد إتمام المشتري لتسلم المبيع : وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن ، ٢ - على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع ، وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية .
م ٥٤٨ : ١ - ما يقبض على سؤم الشراء مع تسبة الثمن إذا ملك لأوضاع في يد القابض ، لزمه الضمان . أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده ، فلا يضمن إذا ملك لأوضاع دون تعد أو تفصيل منه .

٢ - وما يقبض على سؤم النظر ، سواء بين ثمنه أو لم يبين ، يكون أمانة في يد القابض ، فلا يضمن إذا ملك دون تعد .

(وهذه الأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري - وبزيد التقنين العراقي بأن يبين من يتحمل تبعة الهلاك في القبض على سؤم الشراء والقبض على سؤم النظر ، مستطفاً ذلك من أحكام الفقه الإسلامي . وأنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩١ - فقرة ١٩٣ والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٠٩ فقرة ٤٣٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٩٦ : يجب على المشتري منذ صيرورة العقد تاماً -
مالم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً . ثانياً - مخاطر المعين المميّنة .

م ٣٩٧ : إذا انعقد البيع على شيء معين بنوعه فقط ، أو انعقد على شرط الوزن أو المد أو القياس أو التجربة أو الفرق ، أو انعقد بمجرد الوصف ، فالبايع يبق متحماً بمخاطر المبيع وإن كان قد أصبح بين يدي المشتري ، إلا أن يعين أو يوزن أو يمد أو يقاس أو إلى يقبله الشاري أو مثله .

٣٩٨ : إذا كان البيع تخييرياً وقد عيّنت مهلة للاختيار ، فالشاري لا يتحمل مخاطر إلا بعد وقوع الاختيار ، مالم يكن ثمة نص مخالف .

٣١٦ - تحمل البائع تبعه المهرول قبل التسليم مترتب على التزامه

بالتسليم : قدمنا أن التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام بتحقيق غاية ، لأنه التزام متفرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع ، ويترتب على أن الالتزام بالتسليم التزام بتحقيق غاية أن تبعه هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع ، ولو كان المشتري قد أصبح مالكا للمبيع قبل هلاكه .

وقد قدمنا في الجزء الثاني من الوسيط (١) أن الالتزام بالتسليم قد يكون التزاما مستقلا ، أى غير متفرع عن التزام الملكية ، كالتزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر والتزام المستأجر بردها للمؤجر ، وفي هذه الحالة يكون هلاك الشيء الواجب التسليم على مالكه ولو هلك قبل التسليم . فإذا هلكت العين للمؤجر قبل أن يسلمها للمؤجر للمستأجر ، فإنها تهلك على المؤجر باعتباره المالك . وكذلك إذا هلكت هذه العين قبل أن يرددها المستأجر للمؤجر ، فإنها تهلك على المؤجر أيضاً باعتباره المالك . ذلك أن الأصل في الهلاك أن يكون على المالك (res perit domino) ، فهو الذى يكسب الغنم ، وهو الذى يتحمل الغرم .

لكن إذا كان الالتزام بالتسليم التزاماً تبعياً متفرعاً عن الالتزام بنقل الملكية كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، فالأصل أن الهلاك (٢) يكون على المدين

= م ٣٩٩ : يتحمل البائع مخاطر المبيع في مدة سفره إلى أن يتسلمه المشتري ، ما لم يكن هناك نص مخالف .

م ٤٠٠ : إذا بيع ثمر على شجر أو منتجات بستان أو محصول لم يحسن وقت اجتنائه ، فالثمر أو البقول تبقى ضمان البائع إلى أن يتم النضوج .

أنظر أيضاً المادتين ٤١٥ — ٤١٦ من التقنين اللبناني وسيأتى ذكرهما . (وأحكام التقنين اللبناني تختلف عن أحكام التقنين المصرى ، وتتفق مع أحكام التقنين الفرنسى ، في أنها تجعل تبعه الهلاك قبل التسليم على المشتري ، إلا إذا كان المبيع لم يتمين أو لم يقبله المشتري نهائياً) .

(١) الوسيط جزء ٢ فقرة ٤٣٠ — فقرة ٤٣١ .

(٢) وبراء الهلاك زوال المبيع من الوجود بمقوماته الطبيعية وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأن بيع البضاعة المتعاقدة عليها بأمر من القضاء المستعجل خشية تلفها ، حتى يفصل في النزاع القائم بين الطرفين بشأن الصادر بينهما ، لا يؤدي إلى انقضاء هذا العقد ، ولا يسوغ =

بالتسليم أى على البائع ، لا على المشتري وهو الدائن بالتسليم ولو أنه أصبح مالكا للمبيع بانتقال ملكيته إليه قبل أن يتسلمه . ويبرر الانحراف هنا عن القاعدة التى تقضى بأن يكون الهلاك على المالك أن الالتزام بالتسليم ، وهو متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، ليس فى حقيقته إلا التزاماً مكملًا للالتزام بنقل الملكية ، إذ لا تخلص الملكية فعلاً للمشتري إلا بالتسليم . ومن ثم كان الهلاك على البائع ، وهو مدين بنقل الملكية وبالتسليم معاً . وقد طبق التقنين المدنى الجديد هذه القاعدة على العقود الناقلة للملكية كالبيع والشركة . وقد رأينا النص الوارد فى البيع ، أما فى الشركة فقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٥١١ مدنى أنه : « إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أى حق عيني آخر ، فإن أحكام البيع هى التى تسرى فى ضمان الخاصة إذا هلكت .. » (١) .

= هى ذاته الفسخ ، إذ بيع البضاعة على هذا الوجه لا يقاس بهلاك الشيء المبيع الموجب لانفساخ عقد البيع . فلك أن الهلاك الذى نصت عليه المادة ٢٩٧ من القانون المدنى القديم المقابلة للمادة ٤٢٧ من القانون الجديد هو زوال الشيء المبيع من الوجود بمقرماته الطبيعية بسبب آفة سمارية أو حادث مادي بفعل إنسان . أما بيع الشيء بأمر القضاء المستعجل خفية التلف ، فهو إجراء وقى قصد به صيانة الشيء المبيع . « هلاك وحفظ قيمته لحساب من يقضى بالتسليم إليه » ، ونقل النزاع الذى كان دائراً حول عين معينة إلى بديلها وهو الثمن المتحصل من بيعها وهو الذى ينصرف إليه أمر عقد البيع (نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام للنقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

(١) أما التقنين المدنى الفرنسى (م ١١٣٨ و م ١١٦٤) فلم يميز بين التزام التسليم مستقل والتزام بالتسليم متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، فى الحالتين جعل الهلاك قبل التسليم على المالك أى على المشتري (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٠) - انظر فى تعليقات أخرى فى القانون الفرنسى لجعل الهلاك على المشتري ، فيقال تارة إن الهلاك على الدائن بالتسليم وهو المشتري ، ويقال تارة أخرى إن النرم بالغرم فادام المشتري يفيد من زيادة المبيع فكذلك يتحمل تبعه هلاكه : أنسيكلوبيدى دالوز • لفظ vente فقرة ٦٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٤٢ هامش ١) . ويبدو أن التعليل المقبول فى القانون الفرنسى لجعل الهلاك على المشتري هو القاعدة التى تقضى بأن الهلاك على المالك (res perit domino) . فى القانون الفرنسى التزام البائع الرئيسى هو التزام بنقل الملكية ، وقد انفصل عنه الالتزام بالتسليم وأصبح ثانوياً بالنسبة إليه ، فلا يصح أن ينسخ العقد لعدم تنفيذ هذا الالتزام الثانوى مادام الالتزام الأصل بنقل الملكية قد نفذ فأصبح المشتري مالكا للمبيع ، وباعتباره مالكا له يتحمل تبعه هلاكه .

٣١٧- هلك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم :

وسرر فيما قدمناه أن المبيع هلك قبل التسليم بقوة قاهرة أو بحادث فجائي . أما إذا هلك بفعل البائع ، فإن هذا يبقى من باب أولى مشولاً عن الهلاك ، بل يكون أيضاً مشولاً عن تعريض المشتري عما أصابه من سرر ولا يقتصر على رد الثمن (١) . وإن هلك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري ، كان الهلاك في هذه الحالة على المشتري لأنه هو الذي تسبب فيه ، ووجب عليه دفع الثمن كاملاً إلى البائع إذا كان لم يدفعه ، ولا يسترده بطبيعة الحال إذا كان قد دفعه (٢) .

وليس في كل هذا إلا تطبيق للقواعد العامة ، ولا حاجة فيه إلى نص خاص . وقد كان هذا النص الخاص موجوداً في المشروع التمهيدى ، وهو نص المادة ٥٨٣ من هذا المشروع ، وكان يجرى على الوجه الآتى : « في الحالتين المنصوص عليهما في المادتين السابقتين ، إذا كان الهلاك أو نقص القيمة بفعل المشتري ، وجب دفع الثمن كاملاً . أما إذا كان بفعل البائع ، فإن طلب المشتري فسخ البيع ألزم البائع بالتعويض ، وإن طلب بقاء العقد وجب إنقاص الثمن (٣) » .

(١) لكن إذا أهلك البائع إهمالاً يسيراً تسبب عنه نقص في المبيع ، ذر ذلك لا يبرر فسخ البيع ولكن يستوجب إنقاص الثمن على سبيل التعويض . وقد تمضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا أهلك البائع في معنى الفطن المبيع بحيث قلت كميته عن المقدار المتفق عليه دون أن تنزل درجة الجزوة المشترطة ، فإن النقص القليل في الكمية لا يبرر الفسخ بل يسوغ إنقاص الثمن فقط (استئناف مختلط ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٠) .

(٢) أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٧٩ في الهامش .

(٣) وكان في التقنين المدنى السابق نص مقابل هو نص المادة ٢٩٩/٣٧٣ : « وكان يجرى على الوجه الآتى : « وفي الحالتين السابقتين إذا كان هلاك المبيع أو حدوث العيب الذى أوجب نقص قيمته منسوباً للمشتري ، فيكون الثمن مستحقاً عليه بتمامه . أما إذا كان منسوباً للبائع ، فيكون ملزماً بالتعويضات إذا فسخ المشتري البيع وبتقصي الثمن إذا أبقاه » . وقد نصت المادة ١٥٥ من تقنين الموجبات والمقود البناني على أنه « إذا هلك الشيء المعين الذى انعقد عليه البيع ، أو أصيب بعيب قبل التسليم بسبب فعل أو خطأ ارتكبه البائع ، حق للمشتري أن يطلب قيمة ذلك الشيء أو عوضاً مقابلاً لما نقص من قيمته ، على الشروط التى مقتضاها » . « أنه أن يدعى أى شخص آخر . وإذا كان المبيع من المشتريات ، فعلى البائع أن يبرر بمائله صفة ونداراً ، مع الاحتفاظ بحق المشتري في طلب وزيادة بدل العطل الضرر =

وقد حذفت لجنة المراجعة هذه المادة لأنها مستفادة من القواعد العامة (١) .

٣١٨ - هلك المبيع بقرة قاهرة أو مارت فجائى قبل التسليم :

فقتصر هنا إذن على الحالة التى يكون فيها هلاك البيع قبل التسليم قد حدث بقرة قاهرة أو بحادث فجائى ، أو كما تقول المادة ٣٤٧ مدنى السالفة الذكر قد حدث لسبب لا يد للبائع فيه (٢) ، وقد قدمنا أن الهلاك فى هذه الحالة يكون على البائع لا على المشتري ولو أن المشتري قد أصبح مالكا قبل التسليم . وقد ذكرنا أن السبب فى عدم تحميل المشتري تبعه الهلاك قبل التسليم بالرغم من أنه أصبح مالكا أن الملكية لا تخلص له فعلا إلا عند التسليم ، وأن التزام البائع بالتسليم هو جزء متمم لالتزامه بنقل الملكية ، فإذا كان التسليم لم يتم فإن التزامه بنقل الملكية يكون هو أيضاً ناقص التنفيذ بالرغم من أن الملكية تكون قد انتقلت إلى المشتري . فإذا هلك المبيع قبل التسليم بقرة قاهرة أو بحادث فجائى ، فإن التزام البائع بالتسليم ، هو التزام بتحقيق غاية كما قدمنا ، يصبح مستحيل التنفيذ . ومتى أصبح التزام فى عقد ملزم للجانبين كعقد البيع مستحيل التنفيذ ، انفسخ العقد بحكم القانون طبقاً للقواعد العامة ، وهى القواعد التى قررتها المادة ١٥٩ مدنى على الوجه الآتى : « فى العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه التزامات المقابلة له ، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » . ومتى انفسخ عقد البيع لاستحالة تسليم المبيع ، فقد سقط بانفساخه التزام المشتري بدفع الثمن ، وكان له أن يسترده من البائع إذا كان قد دفعه ، وأن يمتنع عن دفعه إذا كان لم يدفعه . فيخرج البائع ، بانفساخ البيع على هذا الوجه ، وقد خسر المبيع وخسر الثمن ، فيكون هو الذى تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . وعلى هذا انحر يجب تأصيل المادة ٤٣٧ مدنى السالفة الذكر ، فهى ليست كما

= عند الاقتضاء . ونصت المادة ٤١٦ من نفس التقنين على أنه « إذا هلك المبيع أو فاعيب قبل التسليم بفعل أو خطأ من المشتري ، كان ملزماً باستلامه على حاله ويدفع ثمنه كما هو » .

أنظر أيضاً المادة ٤٧/٢ من التقنين المدنى (آنفاً بقرة ٣١٤ فى الهامش) . وكل هذه النصوص لا تختلف فى أحكامها عن أحكام القانون المصرى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٧ فى الهامش و ص ٧٩ فى الهامش .

(٢) والبائع هو الذى يحمل عبء إثبات ذلك (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٨١ هامش ٥) .

أينا إلا تطبيقاً لنظرية انفساخ العقد الملزم للجانبين بسبب استحالة تنفيذ الالتزام

وهذا التأصيل ، وهو يتفق مع القواعد العامة كما قدمنا ، يتفق في الوقت ذاته مع أحكام الفقه الإسلامي وهي تجعل الهلاك على البائع قبل التسليم (١) . ولذلك اعتاد الفقه المصري أن ينسب القاعدة التي أخذ بها التقنين المصري إلى الفقه الإسلامي ، وذلك لما رأى أن هذا التقنين سار عليها مخالفاً بذلك القاعدة التي أخذ بها التقنين الفرنسي كما سبق القول (٢) .

ونرى من ذلك أن المبيع إذا كان عيناً معينة بالذات تنتقل تبعه هلاكه ، لا مع انتقال الملكية ، بل مع انتقال الحيازة (٣) . فلو كان المبيع عقاراً ، وهلك قبل التسليم وقبل تسجيل البيع ، كان هلاكه على البائع ، أما إذا هلك بعد

(١) وقد رأينا أنه إذا كان البيع في الفقه الإسلامي ينتقل الملك إلى المشتري ، فإن القبض يزيد نقل الملك تأكيداً ، حتى أن المشتري قبل القبض لا يكون مطلق التصرف في المبيع (أنظر آنفاً فقرة ٢٣١) ، وحتى أنه إذا هلك المبيع قبل القبض كان هلاكه على البائع . فإد البائع على المبيع قبل القبض يد ضمان لا يد أمانة ، كذلك يد القابض على سوم الشراء إذا سمي الثمن يد ضمان (أنظر المادة ٥٤٨ عراق آنفاً فقرة ٣١٥ في الهامش) . أما إذا لم يسم الثمن في سوم الشراء ، وسمى أو لم يسم في سوم النظر ، فإن يد القابض تكون يد أمانة ، فيهلك الشيء على المالك لا على القابض . رضى عن البيان أن الشيء ، في سوم الشراء وفي سوم النظر ، سمي الثمن أو لم يسم ، يعتبر في القانون المصري رديعة في يد القابض ، فإذا هلك تحمل المالك لا القابض تبعه هلاكه .

(٢) ونرى أثر ذلك فيما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « هذه النصوص (م ٥٨١ - ٥٨٣) تعرض لبيان تبعه هلاك المبيع قبل التسليم . وقد استنبى المشروع أحكام التقنين الحال (السابق) فجعل التبعة على البائع قبل التسليم ، خلافاً للتقنينات اللاتينية ، وأخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية ، وتطبيقاً لقواعد الفسخ في العقد الملزم للجانبين » (مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ٧٥) . أنظر رسالة الدكتور محمد زكى عبد البر في نظرية تحمل التبعة في الفقه الإسلامي ص ١٧٧ وما بعدها .

وأنظر في أن القاعدة التي أخذ بها التقنين المصري مستمدة من القواعد العامة وليست مأخوذة من الفقه الإسلامي الأستاذين أحمد نجيب الحلال وحامد زكى فقرة ٢٧٩ .

(٣) وليست هذه القاعدة من النظام العام ، فيجوز المتبايعين أن يتفقا على أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم على المشتري . فإذا لم يتفقا على ذلك ، كان الهلاك على البائع . ولو أن البائع ، تغطية لمسئوليته ، أمن على الدار المبيعة من الحريق ، فليس له أن يتقاضى أقساط التأمين من المشتري لأنه أمن على مسئوليته هو لا على مسئولية المشتري (استئناف مخطط ٤ يناير سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ١٢٣) .

التسليم وقبل تسجيل البيع فهلاكه على المشتري (١) . فالعبرة إذن بالتسليم الذي يتم به نقل الحيازة ، لا بالتسجيل الذي يتم به نقل الملكية . ومنى انتقلت الحيازة إلى المشتري بالتسليم ، كان هلاكه عليه ولو لم تنتقل إليه الملكية بالتسجيل . أما إذا لم تنتقل إليه الحيازة بالتسليم ، كان الهلاك على البائع ولو انتقلت الملكية إلى المشتري بالتسجيل (٢) .

وإذا كان المبيع شيئاً غير معين بالذات ثم عين بعد ذلك ، فإنه يبقى في ضمان البائع حتى وقت التسليم . فإن هلك قبل ذلك ، هلك على البائع بالرغم من أنه قد تم تعيينه قبل الهلاك . وبالرغم من أن ملكيته تكون قد انتقلت إلى المشتري بهذا التعيين . أما إذا هلك بعد التسليم ، فهلاكه على المشتري (٣) ، لأنه تم تعيينه بالتسليم فانتقلت الملكية إلى المشتري ، بل لأنه قد سلم إلى المشتري فانتقلت حيازته إليه ، فأصبحت تبعه الهلاك عليه بموجب انتقال الحيازة لا بموجب انتقال الملكية .

(١) المذاكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأحوال التحضيرية : ص ٧٤ — ص ٧٦ — وهناك رأى يذهب إلى أنه إذا كان عدم التسجيل بتقصير البائع ، فالهلاك عليه حتى لو سلم المشتري المبيع . ولكن لما كانت تبعه الهلاك تنتقل بانتقال الحيازة ولو لم تنتقل الملكية ، فالرأى الصحيح هو أن الهلاك على المشتري إذا سلم المبيع ولو كان البيع لم يسجل (نقض مدنى ٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢ — الأستاذان أحمد نجيب الحلال وحامد زكى نفرة ٢٨٦ — الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٠) .

(٢) ولو كان البيع معلقاً على شرط فاسخ ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو لم يتحقق الشرط وأصبح البيع باتاً . والهلاك بعد التسليم على المشتري إذا لم يتحقق الشرط فأصبح البيع باتاً ، أما إذا تحقق الشرط فأنفسخ البيع ثم هلك المبيع ، فالظاهر أنه يهلك على مالكه أى على البائع مادام لنا بصدد التزام بالتسليم متفرع عن التزام بنقل الملكية . ولو كان البيع معلقاً على شرط واقف ، فالهلاك قبل التسليم على البائع ولو تحقق الشرط ونفذ البيع والهلاك بعد التسليم على البائع أيضاً ، ولو تحقق الشرط بعد الهلاك ، إذ لا يكون لتحقيق الشرط في هذه الحالة أثر رجعى (م ٢٧٠ / ٢ مدنى) . أما إذا تحقق الشرط قبل الهلاك فنفذ البيع ، فالهلاك بعد التسليم على المشتري . أنظر في ذلك الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢١ — الأستاذ محمد عل إمام فقرة ١٨٨ ص ٣١٦ — الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٥٣ ص ٢٧٢ — الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٨٢ .

(٣) استئناف مخطط ٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٢٦ .

٣١٩ - اعذار البائع المشتري لتسلم المبيع : ولكن قد يحدث أن

البائع يكون مستعداً لتنفيذ التزامه بتسليم المبيع إلى المشتري ، ويكون المشتري هو المتعنت فيأبى دون مبرر أن يتسلم المبيع . فتوقياً لتحصيل البائع تبعة هلاك المبيع في هذه الحالة ، أعطى القانون سلاحاً للبائع يدرك به عنه هذا الخطر . فأجاز له أن يعذر المشتري لتسلم المبيع ، ومن وقت الإعذار يعتبر المبيع في حكم الشيء المسلم للمشتري ، فإذا هلك حتى قبل التسليم الفعلي فإن هلاكه يكون على المشتري لا على البائع (١) . وفي هذا تقول العبارة الأخيرة من المادة ٤٣٧ مدني كما رأينا : « إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع ، أي أن الهلاك يكون استثناء على المشتري إذا وقع بعد إعداره لتسلم المبيع (٢) »

وقد ينص عقد البيع ذاته على أن المشتري ملزم بتسلم المبيع في يوم معين دون حاجة إلى إعداره بذلك . ففي هذه الحالة يعتبر المشتري معذراً بمجرد حلول اليوم المعين للتسلم طبقاً للقواعد العامة ، فإذا هلك المبيع بعد ذلك كان هلاكه على المشتري ولو لم يكن قد تسلمه فعلاً .

٣٢٠ - هلاك المبيع في يد البائع وهو ماحبس له : وهناك حالة

أخرى يهلك فيها المبيع على المشتري قبل التسليم ، وهي حالة ما إذا كان البائع قد حبس المبيع في يده لعدم استيفاء الثمن ، وصري أن للبائع حق حبس المبيع حتى يستوفي الثمن . فإذا حبس البائع المبيع وأعذر المشتري أو أخطره بهذا الحبس (٢) ، وهلك المبيع أثناء الحبس ، كان الهلاك على المشتري بالرغم من

(١) مصر الكلية ١١ مايو سنة ١٩٥٤ المحاماة ٣٥ رقم ٣٦٤ ص ٩٥٠ .

(٢) والمفروض أن الإعدار الذي ينقل تبعة الهلاك إلى المشتري هو الذي يتم عندما يكون التزام المشتري بتسلم المبيع حالاً ، فإذا أعذر البائع المشتري لتسلم قبل الأجل المشروط لمصلحة المشتري يترتب على هذا الإعدار نقل تبعة الهلاك (الأستاذ منصور مصطن منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥) .

(٣) أما إذا لم يتبين في وضوح باعذار أو إخطار أو نحو ذلك أن البائع يحبس المبيع لعدم استيفاء ، بل سكت البائع عن مطالبة المشتري بالثمن وسكت المشتري عن مطالبة البائع بالمبيع ، مراحى تنفيذ العقد على هذا النحو دون أن يظهر البائع نيته في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ، =

عدم تسليم البائع المبيع له ، لأن عدم التسليم هنا راجع إلى خطأ المشتري فهو لم يدفع الثمن ودفع البائع بذلك إلى حبس المبيع . وقد نصت المادة ٤٦٠ مدني على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « وإذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري . ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » (١) . ومنعود إلى هذه المسألة فيما يلي (٢) .

٢٥ - تبة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم

٣٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٣٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه ، جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيماً بحيث لو طرأ قبل العقد لما تم البيع ، وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن » (٢) .

= ثم هلك المبيع في خلال ذلك ، فإن الهلاك في هذه الحالة يكون على البائع ، ولا يجوز له أن يدعي أنه كان حابساً للمبيع (أنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر في فقرته ٢٨٠ ص ٤٣٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٧٥ مكررة ص ١٤٥ - ص ١٤٦) .

(١) كذلك يهلك المبيع على المشتري إذا اتفق المتبايعان على أن يكون الهلاك على المشتري قبل التسليم ، أو وضع المشتري يده على المبيع قبل دفعه الثمن بدون إذن البائع وهلك المبيع في يده ، وقد سبقت الإشارة إلى هاتين الحالتين أما ما جاء في المادة ٩٤ تجاري من أن البضائع التي تخرج من مخزن البائع أو المرسل يكون خطرهما في الطريق على من يملكها فليس باستثناء حقيقة من قاعدة التي تقضي بأن الهلاك على البائع قبل التسليم ، فقد قدسنا أن الملكية هنا تنتقل بالإفراز ، وهو لا يتم إلا عند التسليم إما في محطة الشحن أو في محطة التفريغ ، فإذا انتقلت تبة الهلاك هنا بانتقال الملكية فلأن الملكية هي نفسها تنتقل بالتسليم .

(٢) أنظر مايل فقرة ٤٠٤ .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٨٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وقد أقرته لجنة المراجعة تحت رقم (٥١) من المروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٨ (بحسبة الأموال التوضيحية) ص ٧٢ - ٧٩) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٧٢/٢٩٨ (١)

وبقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٧ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٤٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني لا مقابل له (٢) .

٣٢٢ - الرهوك الجزئي أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشتري :
وغنى عن البيان أن المادة ٤٣٨ مدني السالفه الذكر تفترض أن هلاك المبيع هلاكاً جزئياً أو نقص قيمته إنما وقع بقوة قاهرة أو بحادث فجائي ، وإذا كان النص لا يصرح بذلك فإنه مستخلص من سياق النصوص . أما إذا كان الهلاك الجزئي أو نقص القيمة راجعاً إلى فعل البائع ، فالبائع يكون مسئولاً عن ذلك بطبيعة الحال ، بل يكون مسئولاً أيضاً عن التعويض . وإن كان راجعاً إلى فعل المشتري ،

(١) التقنين المدني السابق م ٣٧٢/٢٩٨ : إذا نقصت قيمة المبيع بعبب حدث فيه قبل استلامه بحث لو كان ذلك العيب موحوداً قبل العقد لامتنع المشتري عن الشر ، كان المشتري عديم بين الفسخ وبين إبقاء المبيع بالتراض المتفق عليه ، إلا إذا سبق منه رهنه .
(و يخالف هذا الحكم ما ورد في التقنين المدني الجديد ، فإن المشتري في التقنين السابق لا يملك إنقاص الثمن ، فإما أن يفسخ وإما أن يستبق المبيع بكل الثمن . فإذا لم يبلغ العيب الجسامة المطلوبة أو رهن المشتري المبيع ، فإنه لا يستطيع الفسخ ، فلا يبقى أمامه إلا استبقاء المبيع بكل الثمن ، فكان هو الذي يحمل تبعه الهلاك الجزئي قبل التسليم . وهذا العيب قد تداركه التقنين الجديد ، فجعل للمشتري حق إنقاص الثمن إذا لم يطلب الفسخ : أنظر المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٧٨ - فإذا أبرم بيع قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت عليه أحكام التقنين السابق ، وإذا أبرم بيع بعد ذلك سرت عليه أحكام التقنين الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٦ (مطابقة للمادة ٤٣٨ من التقنين المدني المصري) . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة (١٣٥) .

التقنين المدني العراقي م ١/٥٤٧ . وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصاب فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقاءه مع إنقاص الثمن ، (وتتفق هذه الأحكام مع أحكام التقنين المصري) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا مقابل ، ولكن أحكام التقنين المصري تطبق لقواء العامة ، فيمكن الأخذ بها في لبنان دون نص

كان هذا هو المستول ، وعليه أن يدفع الثمن كاملاً للبائع . وقد سبق بيان ذلك في الهلاك الكلي (١) .

٣٢٣- الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائي :

فتقتصر هنا أيضاً على حالة ما إذا كان الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . وتكون تبعاً لهذا الهلاك الجزئي أو نقص القيمة قبل تسليم المبيع على البائع ، للأسباب نفسها التي ذكرناها في حالة الهلاك الكلي . فالبائع ملزم بتسليم المبيع كاملاً دون نقص أو تلف ، وهذا الالتزام متفرع عن الالتزام بنقل الملكية ، وهو التزام بتحقيق غاية . فإذا لم يقيم به البائع كان مسئولاً ، حتى لو رجع ذلك إلى قوة قاهرة أو حادث فجائي ، فتكون التبعة عليه ، كما كانت التبعة عليه في الهلاك الكلي .

وينبني على ذلك أن المشتري ، في حالة الهلاك الجزئي (٢) أو نقص القيمة ، يكون بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته ، دون أن يكون له حق في التعويض لأن الهلاك أو النقص قد حدث بقوة قاهرة أو حادث فجائي . ولكن إذا كان الهلاك أو نقص القيمة لم يبلغ

(١) وسبق أن قررنا أن المشروع التمهيدى كان يشمل على المادة ٥٨٢ وقد حذفت ، وهي تتناول كلا من الهلاك الكلي والجزئي أو نقص القيمة ، إذا كان ذلك راجعاً إلى فعل البائع أو إلى فعل المشتري (أنظر آنفاً فقرة ٣١٧ - وأنظر للتقنين المدني العراقي م ٢/٥٤٧ آنفاً فقرة ٣١٥ في الهامش ، وتقنين الموجبات والمقود البناء م ٤١٥ - ٤١٦ آنفاً فقرة ٣١٧ في الهامش) .

(٢) ويعتبر هلاكاً جزئياً أن يكون المبيع أرضاً عليها بناء فيهدم البناء ، فيكون المشتري مخيراً بين الفسخ وإنقاص الثمن . وكان التقنين المدني السابق كما قلنا يميز الفسخ دون إنقاص الثمن ، فقضت محكمة النقض في عهد هذا التقنين بأنه إذا كان المقار المبيع أرضاً عليها بناء ، ثم هلك البناء لأي سبب ، فإن البيع لا يفسخ ، ولكن يكون للمشتري الخيار بين طلب الفسخ وبين استبقاء المبيع ، ولا فرق في ذلك بين حالتي البيع الناقل للملكية والبيع الذي لا يترتب عليه بمقتضى قانون التسجيل الجديد إلا التزامات شخصية (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ بمجموعة ص ١٨١ ص ١٥٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن انهيار البناء وبقاء الأرض لا يعتبر هلاكاً كلياً بل هو هلاك جزئي ، فلا يفسخ البيع من تلقاء نفسه (استئناف مصر ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٠ الهامة ١٣ رقم ٢/٣٨ ص ٩٦) .

من الجسامة قدرأ بحيث لو كان قد طرأ قبل العقد لما تم البيع ، لم يكن للمشتري حق الفسخ ، وإنما يكون له حق إنقاص الثمن فقط (١) .

ويلاحظ أنه يمنع على المشتري الفسخ ، حتى لو كان الهلاك أو النقص وصل إلى هذا القدر من الجسامة ، إذا كان قد رتب للغير حسن النية حقاً عيباً على المبيع ، فلا يملك المشتري عندئذ إلا إنقاص الثمن (٢) .

٣٢٤ - الرهوك الجزئي أو نقص القيمة بمرأخذار المشتري أو بعد

مبيع المبيع : ونغنى عن البيان أن البائع إذا أعذر المشتري لتسلم المبيع ، حبس المبيع لعدم استيفاء الثمن ، فإن الهلاك الجزئي أو نقص القيمة إذا طرأ بعد ذلك على المبيع ، تحمل المشتري تبعته (٣) . كما يتحملها في الهلاك الكلى ، للأسباب عينها .

المبحث الثالث

ضمان التعرض والاستحقاق

٣٢٥ - مسؤولية ضمان التعرض والاستحقاق : إذا قلنا إن ضمان

البائع للتعرض والاستحقاق فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ، لكأن النصوص المتعلقة بضمان التعرض والاستحقاق مجرد تطبيق لتقواعد العامة ، ولصح التساؤل عما إذا لم يكن هناك تزييد في بعض هذه النصوص . ذلك أنه ما دام البائع ملزماً بنقل ملكية المبيع إلى المشتري ملكية كاملة ، فهو إذا لم

(١) فإذا كان الهلاك أو نقص القيمة قد حدث قبل البيع دون أن يعلم به المشتري ، وكان قد بلغ قدرأ من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما أبرم البيع ، كان هذا غلطاً جوهرياً يجرى البيع قابلاً للإبطال .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٧٨ .

(٣) استئناف مختلط ١٩ يناير ١٩٠٥ م ١٧ ص ٨٤ .

يكن مالكا - وهذا هو موضع الاستحقاق الكلي - كان المبيع بيع ملك العبر (١)، وكان للمشتري دعوى الإبطال . وإذا كان البائع غير مالك لبعض المبيع أو كان مالكا لكل المبيع ولكن على المبيع حقوق للغير - وهذا هو موضع الاستحقاق الجزئي - فإن الملكية التي تعهد البائع بنقلها لم تخلص للمشتري كاملة ، ومن ثم جاز للمشتري طلب فسخ البيع مع التعويض إذا كان له مبرر .

ولكن القانون مع ذلك يجعل للمشتري في الحالتين المتقدمتي الذكر دعوى ضمان ، وهي عبر دعوى الإبطال وغير دعوى الفسخ . هي غير دعوى الإبطال ، إذ الضمان فيها لا يقوم إلا إذا وقع فعلا تعرض من المالك الحقيقي للمشتري ، أما دعوى الإبطال فيستطيع المشتري رفعها قبل وقوع هذا التعرض . هذا إلى أن دعوى الضمان تتقدم بخمس عشرة سنة ، وتتقدم دعوى الإبطال عادة بثلاث سنوات . ودعوى الضمان غير دعوى الفسخ ، إذ دعوى الضمان سببا قيام عقد البيع ، والتعويض فيها تولد النصوص تقديره تقديراً تفصيلاً فهو غير متروك لتقدير القاضي ، وإذا كانت تتقدم بخمس عشرة سنة فهذه المدة تسري من وقت وقوع التعرض . أما دعوى الفسخ فتتعرض فسخ عقد البيع لانقضاء هذا العقد ، والتعويض فيها متروك لتقدير القاضي ولم تتعرض لتقديره النصوص ، وإذا كانت تتقدم هي الأخرى بخمس عشرة سنة فإن هذه المدة تسري من وقت تمام البيع لا من وقت وقوع التعرض .

يخلص مما تقدم أن دعوى الضمان هي دعوى مستقلة عن كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، ويؤكد ذلك نص المادة ٤٤٣ مدني ، فقد عرضي لذكر عناصر التعويض تفصيلاً عند استحقاق كل المبيع بناء على دعوى الضمان ، ثم أشار إلى استقلال هذه الدعوى عن الدعويين الآخرين ، فقالت العبارة الأخيرة من النص : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

والسبب في خصوصية دعوى الضمان واستقلالها عن سائر الدعاوى التي تستند مباشرة من القواعد العامة ، وتنتزع من التزام البائع بنقل ملكية المبيع

(١) تنص مدني ١١ - ارس. سنة ١٩٦٠ بمر ٢ رقم ١١ من ١٢٤ .

المشتري ، يرجع إلى اعتبارات تاريخية تمت إلى القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم . فقد كان البيع ، في العهد الأول للقانون الروماني ، عبارة عن نقل ملكية المبيع إلى المشتري عن طريق رسوم وأوضاع معينة تسمى بالإشهاد (mancipatio) ، وكان لا يترتب على هذه العملية أى التزام شخصي في ذمة البائع ، فهي مقصورة على نقل الملكية إلى المشتري . وإذا كان المبيع غير مملوك للبائع ، واستحق في يد المشتري ، فقد كان هذا يرجع على البائع بدعوى جنائية (actio auctoritatis) يتقاضى برحبها ضعف الثمن الذي دفعه ، لا بدعوى مدنية مبنية على التزام في ذمة البائع . أما إذا انتقلت ملكية المبيع بالتسليم (traditio) ، فقد كان المشتري يشترط على البائع بعقد لفظي (stipulatio) مستقل عن عملية نقل الملكية تعريضاً فيما إذا استحق المبيع . ولما أصبح البيع في القانون الروماني عقداً رضائياً يرتب التزامات في ذمة البائع ، لم يكن من هذه الالتزامات نقل الملكية ، بل كان البائع يلتزم بنقل حيازة المبيع إلى المشتري حيازة هادئة . وكذلك كان الأمر في القانون الفرنسي القديم ، فقد قدمنا أن بائع كان يلتزم في العقود الأولى بنقل الحيازة لا بنقل الملكية . وقد تلقى التقنين المدني الفرنسي هذه التقاليد عن القانون الروماني وعن القانون الفرنسي القديم : ضمان تعرض واستحقاق لا يرتبط بنقل الملكية وإنما يرتبط بنقل الحيازة ، فلا يقوم إلا إذا وقع تعرض بعكر من هدوء هذه الحيازة ، لا مجرد إخلال بالتزام نقل الملكية ، وإذا قام فله قواعده الخاصة التي يستقل بها عن الدعاوى المنفردة عن الالتزام بنقل الملكية - كدعوى النسخ ودعوى الإبطال - لاسيما فيما يتعلق بتقدير التعريض (١)

وهناك خصوصية أخرى في تقاليد هذا الضمان تتعلق بحقوق الارتفاق . فقد كان البائع في القانون الروماني لا يضمن للمشتري خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، لا بموجب دعوى العقد اللفظي (actio ex stipulatu) ولا بموجب دعوى البيع ذاتها (actio empti) . ويرجع ذلك إلى أن التنظيم الاقتصادي

(١) كولان وكايتان ٢ فقرة ٨٩٣ - بوهري وسبيا فقرة ٢٤٩ مكررة - بيدان ١١ فقرة ١٨٦ - بلانيول وريبير ومامل ١٠ فقرة ٨٨ وقرة ٩٥ .

للملكية العقارية عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون علم المبيع - حقوق ارتفاق ، فلم يكن البائع مكلفاً أن يكشف للمشتري بها ، ولم يكن يضمن له خلو المبيع منها . فإذا أراد المشتري أن يضمن له البائع خلو المبيع من حقوق ارتفاق عليه ، فقد كان يضع في ذلك شرطاً خاصاً في عقد البيع (vendu ut optimus maximus) . أما القانون الفرنسي القديم فقد كان يعتبر ظهور حق ارتفاق على المبيع من قبيل العيوب الخفية ، فيضمن البائع حق الارتفاق على هذا الأساس . ومن هنا أفرد التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٢٦) بالذكر ضمان البائع لحقوق الارتفاق والتكاليف المترتبة على المبيع إذ لم يعلن المشتري بها ، ممثلاً مع تقاليد القانون الروماني . وانحرف في الوقت ذاته عن تقاليد القانون الفرنسي القديم ، فجعل هذا الضمان ضمان استحقاق لاضمان عيب خفي ، بما يستتبع ذلك من نتائج أهمها أن يقوم الضمان ولو في البيوع التقضائية وكان لا يقوم لو أنه ضمان عيب خفي ، وأن يدفع البائع تعويضاً بسبب هذا الضمان ولو كان حسن النية وكان لا يدفع تعويضاً إلا إذا كان صبيء النية لو أنه ضمان عيب خفي (١) .

هذه التقاليد التاريخية تركت طابعها ظاهراً في دهرى ضمان التعرض والاستحقاق في التقنين المدني الفرنسي ، فانقرضت هذه الدهوى بالخصوصيات التي تقدم ذكرها مستقلة عن دعاوى الفسخ والإبطال المنفردة عن التزام البائع بنقل الملكية . وانتقلت هذه الخصوصيات إلى التقنين المدني المصري ، إلا أن هذا التقنين لم يبرز حقوق الارتفاق والتكاليف كسبب مستقل للضمان كما فعل التقنين المدني الفرنسي ، ولكنه أشار إلى التكاليف كحالة من حالات الاستحقاق الجزئي (م ٤٤٤ مدني) ، ثم جعل من ظهور حق الارتفاق أو إعلان البائع لياه للمشتري شرطاً ضمناً لعدم الضمان (م ٢/٤٤٥ مدني) .

وليست التقنيات اللاتينية هي وحدها التي تحمل طابع التقاليد في ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يحملها أيضاً - وإن كان بدرجة أقل - التقنيات الجرمانية . تقنين الالتزامات السويسري (م ١٠٢ و م ١٩٧) متشبع بهذه

(١) كزلان وكايبثان ٢ فقرة ٩٠١ - بودري وسينا فقرة ٣٩١ .

نقاله . أما التقنين المدني الألماني (م ٤٣٤ وم ٤٤٠) فقد تحرر منها في العقار فلا يشترط وقوع التعرض بل يكتفى باحتمال وقوعه ، ولكنه في المنقول يتي متأثراً بالتقاليد إذ يشترط وقوع التعرض . وقد تحرر تقنين الالتزامات البولوني (م ٣٠٠ وم ٣١١ وم ٣٣٦) من هذه التقاليد ، إلى حد أن مزج ما بين ضمان التعرض والاستحقاق وأسماء ضمان العيوب القانونية ، وبين ضمان العيوب الخفية وأسماء ضمان العيوب المادية ، وأرجع الضمانين إلى أصل واحد ، ولم يشترط وقوع التعرض بل اكتفى باحتمال وقوعه في كل من العقار والمنقول (١).

٣٢٦ - شمول ضمان التعرض والاستحقاق : والالتزام بضمان

التعرض والاستحقاق ، كالالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم ، يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية ، بل وإلى كل عقد ينقل الحيازة والانتفاع ، لاسيما إذا كان العقد من المعاوضات . فهو موجود في عقود تقايضة والشركة والصلح والقسمة والإيجار وغيرها ، وموجود إلى مدى أضيق في التبرعات كالهبة . ذلك أن من يكون ملتزماً بنقل ملكية الشيء أو بنقل الشيء أو بنقل حيازته والانتفاع به يجب عليه بداهة أن ينقل إلى الشخص الآخر ملكية أو حيازة هادئة لا يعكر صفوها تعرض منه أو من أي شخص آخر . فإذا كان ذلك معاوضة برز هذا الضمان في صورة أوسع ، إذ أن الشخص الآخر قد دفع مبالغاً فيجب أن يخلص له الشيء الذي دفع فيه المقابل .

فضمن التعرض والاستحقاق ، كضمن العيوب الخفية وكالتسليم ، كان من ضمن جعله نظرية عامة في العقد دون أن يقتصر على عقد البيع ، وهذا ما فعله المشرع التيهدي للتقنين المدني الألماني . ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الذي يغلب فيه استعمال هذا الضمان ويكون تنظيم هذا العقد ناقصاً لو خلا منه ، فقد درجت التقنينات - وإلى هذا انتهى أيضاً التقنين المدني الألماني نفسه في صورته النهائية - على إدماج هذا الضمان في عقد البيع ، كما أدمجت ضمان العيوب الخفية والالتزام بالتسليم . وتجعل التقنينات القواعد التي أدمجت في عقد

(١) كرولان وكابيتان ٢ الفرة ٨٩٣ ص ٥٩٨ - ٥٩٩

البيع هي القواعد العامة في هذا الضمان ، ثم تشير بعد ذلك في غير البيع من العقود إلى ما يتميز به العقد من خصوصيات يفارق بها هذه القواعد العامة . وعلى هذا النهج سار التقنين المدني المصري ، فقد أشار في خصوص عقد الشركة إلى هذه القواعد العامة المدرجة في عقد البيع (م ٥١١/١ مدني) ، وكذلك في خصوص عقد القرض (م ٥٤٠ مدني) ، وأفاض في بسط هذه القواعد في خصوص عقد الإيجار (م ٥٧١ - ٥٧٥ مدني) لأنه يقع على الانتفاع دون الملكية ، وأبرز خصوصية الضمان في عقد الهبة (م ٤٩٤ مدني) فهو بخلاف البيع تبرع لا معاوضة ، وكذلك فعل في عقد العارية (م ١/٦٣٨ مدني) .

٣٢٧ - التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير
وفي ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع ، يحسن التمييز بين التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير ، إذ لكل من هذين النوعين قواعد يختص بها .

المطلب الأول

التعرض الصادر من البائع

٣٢٨ - مسائل ظهرت : نبحث في ضمان البائع للتعرض الصادر منه مسائل ثلاثاً : (أ) متى يقوم هذا الضمان . (ب) ما يترتب على قيام الضمان . (ج) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

٣٢٩ - (أ) متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع -

نصوص قانونية : تنص المادة ٤٣٩ من التقنين المدني على ما يأتي

« يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق

على المبيع يمتنع به على المشتري . ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو كان الأجنبي
قد ثبت حقه بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المذكور السابقين المادتين ٣٧٤/٣٠٠ و ٣٨٤/٣١٠ (٢) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما
استقر عليه في التقنين المذكور الجديد ، فيما عدا أن المشروع التمهيدى انتهى بالعبارة الآتية : « ويثبت
لتزام البائع بالضمان ولو لم ينص عنه في العقد » . وفي لجنة المراجعة حلفت هذه العبارة لعدم الحاجة
إليها ، وأقرت اللجنة النص بعد هذا الحذف تحت رقم ٤٥٢ من المشروع للنهائى . ووافق عليه
مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٣٩ (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ٨٠
وص ٨٢ - ص ٨٢) .

(٢) التقنين المذكور السابق م ٣٧٤/٣٠٠ : من باع شيئاً يكون ضامناً للمشتري الانتفاع به
بدون معارضة من شخص آخر له حق عيني على المبيع وقت البيع ، وكذلك يكون البائع ضامناً إذا
كان الحق العيني للآخر ناشئاً من فعله بعد تاريخ العقد . ووجوب الضمان لا يحتاج إلى شرط
مخصوص به في العقد .

م ٣٨٤/٣١٠ : تزع ملكية جزء معين من المبيع أو شائع فيه يعتبر قانوناً كنزع ملكية كله .
وكذلك ثبوت حق الارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ، ولم يحصل الإعلان به أو لم يكن ظاهراً
وقت البيع ، يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة
لو علمها المشتري لامتنع عن الشراء .

ولا يوجد فرق في الأحكام ما بين التقنين الجديد والتقنين السابق ، مع ملاحظة أمرين ذكرتهما
المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآتى : (١) تجب (التقنين الجديد) عيباً
وقع فيه التقنين الحال (السابق) في المادة ٣٧٤/٣٠٠ ، إذ قررت هذه المادة أن البائع يضمن
للمشتري وجود حق عيني على المبيع لشخص آخر وقت البيع . وينبنى على ذلك ألا ضمان إذا ظهر
أن العين المبيعة مؤجرة بعقد ثابت التاريخ قبل البيع ، لأن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية .
وقد قضت محكمة النقض بذلك (١٠ ديسمبر سنة ١٩٢١ ملحق مجلة القانون والاقتصاد
ص ١١ - و ٣ مارس سنة ١٩٢٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ص ٢٦) وعيب هذا
الحكم أن العين المبيعة قد تكون مؤجرة لمدة طويلة وتكون الأجرة قد قبضت مقدماً ، ويكون كل
هذا نافذاً في حق المشتري طبقاً لأحكام القانون ، فلا يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على
البائع . لذلك لم يشترط المشروع أن يكون للغير حق عيني على المبيع ، بل كل ما اشترطه هو أن
يكون له حق على المبيع يمتنع به على المشتري ، فيدخل في ذلك حق المستأجر في الفرض المشار إليه
(ب) ونسج (التقنين الجديد) الحكم الفاضى بعدم ضمان حقوق الارتفاق إذا حصل الإعلان بها
أو كانت ظاهرة في مكانه الطبيعي عند الكلام في الارتفاق على تعديل الضمان ، لا عند الكلام في حكم
الاستحقاق الجزئى كما فعل التقنين الحال (السابق) : م ٣٨٤/٣١٠ . (والتقنين الجديد) فيما
عدا ذلك كالنقنين الحال (السابق) يجعل البائع ضامناً للمعرض إذا لم تصل منازعة الغير للمشتري =

ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٠٧ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٢٨ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٤٩ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٤٢٨ و ٤٣١ (١) .

والنص يتناول التعرض الصادر من البائع والتعرض الصادر من الغير في وقت واحد . ويخلص منه ، فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع ، أن ضمان هذا

= في المبيع إلى نزع من يده ، وضامناً للاستحقاق إذا انتهى التعرض لاستحقاق المبيع . ويميز بين فعل البائع وفعل الغير ، فالبايع يضمن فعله مطلقاً ، ويعتبر تعرضاً منه أن يخول للغير على المبيع حقاً يمتنع به على المشتري . أما الغير ، فإذا كان تعرضه مادياً أي غير مبني على سبب قانوني فلا شأن للبائع في ذلك ، وعلى المشتري أن يدفع هذا التعرض بما وضعه القانون في يده من وسائل . وإذا كان تعرضه مبنيّاً على سبب قانوني ، وإن كان هذا السبب موجوداً وقت البيع أو بعد البيع ولكن بفعل للبائع وجب للضمان ، وإلا فلا يجب . ويلاحظ أن (التقنين الجديد) كالتقنين الحالي (السابق) أيضاً في أن الضمان لا يجب على البائع إلا إذا حصل التعرض فعلاً من الغير ، سواء حكم بالاستحقاق أو لم يحكم : نقض ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ ملحق بمجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٢١ . أما إذا اقتصر الأمر على ظهور حق للغير على العقار دون أن يتعرض هذا الغير فعلاً ، فلا ضمان على البائع : انظر عكس ذلك التقنين البونوي م ٣١٣ . ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة ، فيستطيع المشتري أن يطالب بفسخ البيع (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٨١ - ص ١٢) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٥٠٧ : (مطابقة للمادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٤٠ - فقرة ١٥٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ (مطابقة للمادة ٤٣٩ من التقنين المدني المصري) .
التقنين المدني للعراق م ٥٤٩ : ١ - يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه ، سواء كان التعرض من فعله أو من فعل أجنبي يدعى أن له حقاً على المبيع وقت البيع يمتنع به على المشتري . ٢ - ويثبت ضمان التعرض ولو لم ينص عنه في العقد .
(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ١٩٨ - فقرة ١٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٤٤٣ - فقرة ٤٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٨ : إن الضمان الواجب على البائع للمشتري يرمى إلى غرضين : أولها ضمان وضع اليد على المبيع بلا معارضة ، والثاني ضمان للنقائص والعيوب الخفية في المبيع .

م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إزمائه بضمان ما ، يبقى ملتزماً بضمان فعله الشخصي وكل اتفاق يخالف يكون باطلاً .

(وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري) .

(م ٤٠ - الوسيط ج :)

التمريض يقوم بإنشاء سند تعرض فيه البائع للمشتري بعد إبرام عقد البيع ، فتبحث إذن (١) أعمال التمريض الصادر من البائع (٢) المدين من الالتزام بضمان التمريض وهو "بائع" (٣) الشأن في هذا الالتزام وهو المشتري (٤) "بيع" انتهى هذا الشأن .

١- (١) أخطاء التمريض الصادر من البائع : لقيامه ان التريض ، يجب أن يصدر من البائع عمل من شأنه أن يحول ، كلياً أو جزئياً ، دون انتفاع المشتري بملكية المبيع . فيجب إذن توافر أمرين :

(أولاً) وقوع التمريض فعلاً ، أما مجرد احتمال وقوعه فلا يكفي (١) . فإذا صدر البائع المشتري بالتعرض له ، لم يكف هذا التهديد لقيام ضمان التمريض مادام البائع لم ينفذ وعده ويتعرض بالفعل (٢) . وإذا باع البائع العقار المبيع مرة ثانية بإدارة المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فانتقلت الملكية إليه هو دون المشتري الأول ، ولكن المشتري الثاني يتخذ أى إجراء لنزع ثمار من يد المشتري الأول ، فليس للمشتري الأول أن يحنج على البائع بضمان تعرضه لشيء من بعه العقار مرة أخرى ، بل ليس له أن يرفع دعوى لإبطال بيع مالك الغير لأن البيع الذي صدر من البائع إلى المشتري الأول قد صدر من مالك ، ولكن له أن يرفع دعوى فسخ البيع لعدم قيام البائع بتنفيذ التزامه من نقل الملكية إليه . ويرتب على أنه لا بد من وقوع التعرض أن البيع يبقى منشأ لالتزام البائع بضمان التعرض ، ولا يصرى التناهد إلا من وقت وقوع التعرض فعلاً ، ومدته خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض (٣) .

(ثانياً) أن يكون التعرض الذي وقع فعلاً عملاً من شأنه أن يحول ، كلياً أو جزئياً ، دون انتفاع الباع بملكية المبيع (٤) . ويستوى في ذلك أن يكون

(١) الذكرة الإيضاحية للمشروع التهدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٤ .

الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٣٢ .

(٤) ويضاهى عادة أن يكون العمل مما يتعارض مع التزامات البائع (الأستاذ عبد الفتاح عبد الجبار فقرة ١٢٧ - الأستاذ منصور فقرة ٨٠ ص ١٠ - دaron أوبري ودو ه - ص ٧٦) .

للتعرض مبنياً على سبب مادي (trouble de fait) ، أو يكون مبنياً على سبب قانوني (trouble de droit) (١) .

والتعرض المبنى على سبب مادي قسمان : قسم يقوم على أعمال مادية محضة تقع من البائع ، وقسم يقوم على تصرفات قانونية تصدر من البائع - سواء قبل البيع أو بعده - يكون من شأنها أن تحول دون انتفاع البائع بملكية المبيع . وبلاحظ ، فيما يتعلق بهذا القسم الثاني الذي يقوم على تصرفات قانونية ، أن التصرف القانوني الصادر من البائع إلى الغير بعد عملاً مادياً بالنسبة إلى المشتري لأنه ليس طرفاً في هذا التصرف .

ومثل القسم الأول الذي يقوم على أعمال مادية محضة أن يبيع شخص متجراً لآخر ، ثم يعمد إلى إنشاء متجر مجاور من نفس النوع فينافس المشتري في عمله الأسبقين ويجتذبهم إليه بحكم العادة (٢) . فهنا المنافسة غير مشروعة لأن البائع بضمن عدم تعرضه للمشتري في انتفاعه بالمبيع (٣) ، ولو أن أجنبياً هو الذي أنشأ المتجر المجاور فإن منافسته لا تكون غير مشروعة مادامت في حدود المنافسة المألوفة بين التجار ، وذلك لأن الأجنبي غير ملتزم للمشتري بعدم التعرض (٤) .

= وكون البائع قد حرم من الانتفاع بالمبيع مسألة واقع يترك تقديرها للقاضي المصوغ (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٩٣) .

(١) استئناف مخطط ٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٥٣ .

(٢) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٢ - بودري وسينيا فقرة ٢٦٢ - فقرة ١٠٤ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا باع شخص لآخر محلاً تجارياً بما فيه من بضائع ، ونهذه في عقد البيع بالألا يتجر في البضائع التي يتجر فيها المشتري في الشارع الذي يقع فيه المحل البيع ، ولكن البائع فتح محلاً بنفس المهارة التي بها المحل المبيع والتجر في بعض أنواع البضائع التي مثلها عقد البيع ، فقد أخل بواجب الضمان الذي يلزمه بوسمته بائناً ، كما أخل بالتمسك المتفق عليه في عقد البيع . وإن هذا الإخلال إن هو إلا تعرض للمشتري في بعض البيع من شأنه أن ينقص من قيمته ، وينقص قيمة المبيع على هذه الضرورة هو بذاته الضرر الذي أصاب المشتري من تعرض البائع ، فلا حاجة لأن يثبت المشتري أي ضرر غير ذلك (نقض مدني ٨ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٤٢ ص ١٩١) .

(٤) ومن أمثلة التعرض الصادر من البائع ، ويقوم على أعمال مادية محضة ، أن يبيع مؤلف طبعة من كتابه لناشر ، فلا يجوز للناشر - كما لم يوجد اتفاق على غير ذلك - أن يرد طبع الكتاب =

أما إذا تعرض البائع للمشتري بعمل من أعمال التعدي أو العنف ، فانه يكون مسئولاً عن ذلك ، أى شخص آخر ارتكب عملاً غير مشروع ، لا كبائع ملتزم بضمان (١) رضى (١)

ومثل القسم الثانى الذى يقوم على تصرفات قانونية أن يبيع البائع العقار مرة ثانية ، ويأخذ المشتري الثانى إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فتنقل الملكية دون مسرى الأول ، فينتزع منه العقار . فهنا يقع تعرض من جانب المشتري الثانى وهو تعرض صادر من الغير ، وهو فى الوقت ذاته تعرض صادر من البائع نفسه لأن المشتري الثانى فى تعرضه قد استمد حقه من البائع . وكبيع العقار مرة ثانية بيع المنقول مرة ثانية وتسليم البائع المنقول للمشتري الثانى فتنقل إليه الملكية بموجب النيابة إذا كان حسن النية ، فهنا أيضاً تعرض صادر من كل من المشتري الثانى والبائع فى وقت واحد . وفى المثلين المتقدمين صدر التصرف الثانى من البائع - وهو تعرض مبنى على صلب مادية كما قدمنا - بعد صدور البيع الذى أنشأ الالتزام بضمان التعرض . وقد يصدر هذا التصرف القانونى من البائع قبل صدور البيع لا بعده . فإذا باع شخص عقاراً أو منقولاً إلى مشترٍ أول يادر إلى تسجيل البيع فى العقار أو إلى تسليم المنقول ، ثم بعد ذلك باعه لـ مشترٍ ثانٍ ، فالسهم الثانى يكون بيع ملك الغير ، وقد يجزئه المشتري الثانى على الساع بضمان التعرض الواقع منه عن طريق تصرف قانونى صدر قبل البيع .

أما تعرض البائع المبنى على صلب قانونى (trouble de droit) فيقع إذا ادعى البائع حقاً على المبيع فى مواجهة المشتري ، سواء كان الحق المدعى به سابقاً

== قبل - د نصح الطبعة التى باعها (بودرى وسينيا فقرة ٣٦٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) . ومن أمثله كذلك أن يبيع شخص مصنفاً يعتمد فى توليد الكهرباء على مسقط مياه فى ملك البائع ، ثم يغير البائع مسقط المياه بحيث يمنع توليد الكهرباء أو يقل (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٢ مكررة - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤١٤) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأن البيع يحون مسئولاً إذا هو باع قطعة أرض حدها بميدان مملوك له ، ثم ألقى المأهوان بعد ذلك . أمراء ليعة ، لأن فى ذلك حرمان المشتري من الانتفاع بمنظر الميدان (استئناف وطنى - سنة ١٩٠٤ الاستقلال ص ٢٥٠) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠ ص ٥٣ .

على البيع أو لاحقاً له . مثل الحق السابق على البيع أن يبيع البائع عقاراً ، وقبل أن يسجل المشتري البيع أى قبل أن تنتقل إليه المالكية من البائع برفع البائع على المشتري دعوى استحقاق باعتبار أنه لا يزال مالكاً للعقار ، فهذه الدعوى يدفعها المشتري بضمان البائع للتعرض الصادر منه ، إذ لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان (١) . ومثل الحق اللاحق للبيع أن يبيع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم يصبح مالكاً لها بسبب من أسباب الملك كالإرث أو الوصية أو الشراء من المالك الحقيقي أو الشفعة . فيحتج على المشتري بهذا الملك الحادث بعد البيع ، ويريد أن ينزع العين منه بموجبه ، فعند ذلك يجوز للمشتري أن يدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه ، وقد علمنا أن القانون في هذه الحالة عمد إلى طريق أقصر ، إذ جعل الملكية في مثل هذا البيع - وهو بيع ملك الغير - تنتقل إلى المشتري إذا آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور البيع (م ٢/٤٦٧ مدني) .

هذا وقد رأينا أن الحق اللاحق للبيع ينتقل بسبب من أسباب الملك ، وذكرنا من أسباب الملك الإرث والوصية والعقد والشفعة . أما الاستيلاء فغير متصور في حالتنا هذه إذ الاستيلاء يفترض أن الشيء مباح غير مملوك لأحد ، وهنا المبيع شيء غير مباح إذ سبق للبائع بيعه . وكذلك الالتصاق لا يرد من الناحية العملية ، إذ يصعب انتراض أن المبيع مواد بناء باعها صاحبها ثم أقام المشتري بناءً بهذه المواد على أرض المبيع فملكها للبائع بالالتصاق ، ولو تحقق هذا الفرض فعلاً فلا نرى مانعاً من أن يحتج البائع في مواجهة المشتري بأنه تملك مواد البناء بالالتصاق ويلتزم بدفع إحدى القيم المنصوص عليها في المادتين ٩٢٤ و ٩٢٥ مدني إلى المشتري تبعاً لما إذا كان هذا سبب النية أو حسن النية .

بقى من أسباب الملك التقادم ، وهذا ما تنتقل الآن إليه .

(١) أو يقال الاسترداد والضمان لا يجتمعان . ومن أمثلة الحق السابق على البيع أن يكون البائع قد أقرض المبيع بموجب قسيمة قابلة للإبطال ، ثم باعه بعد ذلك ، فلا يجوز له أن يطالب بإبطال القسيمة ، لتلا بطلان البيع فيكون هذا تعرضاً منه مبنياً على سبب قانوني (أوبري ورو هـ فقرة ٢٥٥ ص ٧٨ هامش رقم ٥ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٢٧٢) .

٢٣٩ - تلك البائع المبيع بالتقادم : يجب معنا أن نميز بين فرضين ، أولهما أن البائع باع عيناً لا يملكها ولكنه كان حائزاً لها ثم ملكها بعد ذلك بالتقادم ، والفرض الثاني أن البائع باع عيناً مملوكة له ولم يسلمها للمشتري بل بقي حائزاً لها حتى ملكها بالتقادم .

ففي الفرض الأول يكون البيع بيع ملك الغير ، إذ البيع لا يملك العين وقت أن باعها . ولما كان قد أصبح مالكا لها بعد ذلك ، فإن الفقرة الثانية من المادة ٤٦٧ مدني تنطبق في هذه الحالة ، وقد آلت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور العقد ، فينقلب بيع ملك الغير صحيحاً وتنقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد أن يملك البائع العين بالتقادم . ويستوى في ذلك أن يكون البائع قد تملك العين بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير مع حسن النية . مثل التملك بالتقادم الطويل أن يكون البائع حائزاً للمبيع أربع عشرة سنة قبل البيع ، ثم يبيعها ويبقى في يده سنة يستكمل بها مدة التقادم خمس عشرة سنة ، فتنتقل إليه الملكية بالتقادم وتنقل في الحال إلى المشتري . ومثل التملك بالتقادم القصير أن يكون البائع قد اشترى العقار من غير المالك وهو حسن النية وبقي وازعماً يده عليه أربع سنوات ، ثم باعه للمشتري مع استمرار وضع يده السنة الباقية لاستكمال المدة خمس سنوات ، فيملك العقار بالتقادم القصير ، وتنقل منه الملكية إلى المشتري .

أما في الفرض الثاني فإن البائع قد باع عيناً يملكها ، وسواء انتقلت الملكية إلى المشتري أو لم تنتقل بأن كان المبيع عقاراً ولم يسجل المشتري البيع ، فإن البائع ملتزم بضمان التعرض . فإذا هو امتنع من تسليم العين للمشتري ، ووضع يده عليها باعتبارها مالكا فكان بذلك مختصبا لها ، فإنه يكون متعرضاً للمشتري منذ أول حمل مادي من أعمال وضع اليد التي تدل على نية التملك ، ومن ذلك الوقت يلتزم بالضمان . ولكن إذا امتنع من تسليم عشرة سنة على العمل دون أن يقطع المشتري التقادم ، ثم أمران : (أولاً) سقطت دعوى الضمان في ضمان التعرض بالتقادم المسقط . (ثانياً) تلك البائع العين البيعة بالتقادم المكتسب ، ولا يستطيع المشتري أن يمتنع عليه بالتزام الضمان بعد أن سقط بالتقادم . فليس من ذلك أن البائع يستطيع أن يملك البيع على المشتري بالتقادم إذا

بدأ سريان هذا التقادم بعد البيع ، ولا يحول دون ذلك التزامه بشروط التعرض . ذلك أن التقادم سبب قانوني متمثل في اعتبارات ترجع إلى وجوب استقرار التعامل ، وبسبب غير المالك أن يملك بهذا السبب متى لو كان بائعاً (١) للشيء الذي يملكه بالتقادم (٢) .

وهذا هو الذي قضت به محكمة النقض إذ تقول : « متى كان الأساس « ربحي » للملك بالتقادم الطويل هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع " ملك لدى واضع اليد ، كإذن القول بأن تمسك البائع باكتساب ملكية العقار بوضع اليد عليه في المدة الطويلة بعد بيعه وانتقال ملكيته إلى المشتري يعتبر من جانبه تعرضاً لا يفتق وواجب الضمان المفروض عليه قانوناً - كان هذا القول مخالفاً للقانون . » (٣) وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية (٤) إلى عكس

(١) فلا مسئولية على البائع مادام يرتكن في عمله إلى حق مقرر في القانون ، فله مثلاً أن ينفذ هل البيع بدين له في ذمة المشتري ، وله أن يأخذ المبيع بالشفعة إذا باعه المشتري إلى أجنبي فيكون له كذلك أن يملك المبيع بالتقادم (الأستاذ عبد المنعم عبد الباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ منه - مصطلح منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢) .

(٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٤ - الأستاذ عبد الفتاح - الباقي فقرة ١٣٧ - الأستاذ جبار " ص ٢٣٠ - ص ٢٣٢ - الأستاذ عبد المنعم البدر فقرة ٢٩١ - الأستاذ منصور مصطلح منصور فقرة ٨٠ ص ١٥٢ - ص ١٥٤ .

وإذا كان المبيع عتاقاً أولاً يسجل المشتري عقد البيع ، فاستبق البائع الملكية مع الحيابة خمس عشرة سنة . ثم يبيّن مالكاً كما كان دون حاجة إلى التمسك بالتقادم المكسب ، وأو فرض أن المشتري المبيع بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، فإن البائع يستطيع أن يمتنع بالتقادم ، إذ يعتبر أنه قد وضع يده على عقار مملوك له منذ البيع ، وذلك بفضل الأثر الرجعي له . جيل فيما بين المتعاقدين من الرأي الذي نقول به . بل أن يسجل المشتري عقد البيع بعد مضي مدة من صدوره ولكن قبل انقضاء خمس عشرة سنة ، ففي هذه الحالة يصح للمشتري مالكا للعقار المبيع من وقت البيع بالنسبة إلى التمسك بفضل الأثر الرجعي للتسليم ، فإذا أكل البائع مدة التقادم كان واضعاً يده على ملك غيره - أي ، فيملكه بالتقادم .

(٣) نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٩ ص ٦٩ - ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٦٢ ص ٣٦٨ - وانظر أيضاً : استئناف مخطئ ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٣ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ١٤ - أول ١٠ مارس سنة ١٩٤٢ م ٥٥ ص ١٧٢ .

رأى محكمة النقض في حكم آخر بجواز التمسك بالتقادم المكسب دون التقادم المانع ، فتفتت بأن من أحكام عقد البيع إلزام البائع بضمان عدم منازعة المشتري في المبيع ، فيجوز عليه أن

هذا الرأي ، وقضت بأن البائع لا يستطيع في هذه الحالة أن يحتج بالتقادم على المشتري ، لأنه ملتزم بالضمان وهذا الالتزام أبدي لا يسقط بالتقادم (١). ومن البسير الرد على هذه الحجة ، فانه إذا كان التزام البائع بضمان التعرض الصادر منه التزاماً أبدياً ، إلا أنه متى وقع منه تعرض فعلاً فقد تحقق الضمان ، وكان للمشتري دعوى الرجوع به على البائع ، وهذه الدعوى تستلزم كسائر الدعاوى بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت نشوئها أى من وقت وقوع التعرض فعلاً (٢).

٣٣٢- (٢) المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع -

عدم قابلية الالتزام لنفسه : الم لازم بضمان التعرض هو البائع ، وهو الذى يقع منه التعرض الموجب للضمان (٣). ولا ينتقل هذا الالتزام إلى الخلف

= أبدأ التعرض للمشتري، وينتقل هذا الالتزام من البائع إلى ورثته فيمتنع عليهم أبداً التعرض للمشتري فيما كسب من حقوق بموجب العقد ، إلا إذا توافرت لديهم من بعد تاريخ عقد البيع شروط وضع اليد على الأرض المبيعة المدة الطويلة المكسبة للملكية وفق ما جرى به قضاء هذه المحكمة . ولما كان دفاع المطعون عليهم بسقوط حق الطاعة لمقودها عن رفع دعاواها أكثر من خمس عشرة سنة بعد تاريخ صدور العقد موضوع الدعوى هو من قبيل المنازعة الممتنعة قانوناً على المطعون عليهم بمتنفي إزام القانون مودتهم باز بأن السالف الذكر ، وكان هذا الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض دعوى الطاعة استناداً إلى هذا الدفاع ، فيكون قد أخطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٤ مارس سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٩٠ ص ٥٦٩) . ونرى أنه يجوز للبائع أن يتمسك بالتقادم المسقط إذا انقضت خمس عشرة سنة ، لا من تاريخ صدور البيع ، بل من تاريخ وقوع التعرض منه فعلاً . فإذا رفع المشتري ، بعد انقضاء المدة ، دعوى الضمان ، جاز للبائع أن يدفعها بالتقادم المسقط ، بصرف النظر عما إذا كان قد كسب المبيع بالتقادم المكسب أو لم يكسبه (أنظر في هذا المعنى الأستاذ إسماعيل غانم مذكرات غير مطبوعة في البيع ص ١١٥ — ص ١١٦) .

(٤) نقض فرنسي ١٣ مايو سنة ١٩١٢ دالوز ١٩١٣ — ١ — ١٤٣ .

(١) ويؤيد رأى محكمة النقض الفرنسية أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٣ — بيدا ١١ فقرة ٢٠١ — كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠٤ .

(٢) قارب بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٣) وفي البيع الجبرى يعتبر المدين بائناً ، وهو الذى يقع عليه ضمان المبيع ، فلا يحق له أن يتعرض لראسى عليه المزااد بنفسه تعرضاً مادياً أو تعرضاً قانونياً ، كأن يدعى الملكية لنفسه بأى سبب من أسباب التملك (استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٤٧ المجموعة الرسمية ٤٨ رقم ٢٤٩) .

العام ، لأن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوراث ، بل يبقى في الشركة . فإذا باع شخص عقاراً مملوكاً لراول ثم مات ، فإن الوارث يستطيع أن يسترد العين من المشتري ، ولا يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه ملتزم بالضمان وراثته من مورثه ، فإن هذا الالتزام لم ينتقل إليه (١) . ولكن الالتزام بالضمان يبقى في الشركة كما قدمنا ، ومن ثم يرجع المشتري على الشركة بالتعويض ، ولا يأخذ الوارث من الشركة شيئاً قبل استئصال هذا التعويض منها . كذلك لا ينتقل الالتزام بالضمان إلى الخلف الخاص . فلو باع شخص عقاراً ، ثم أوصى به لشخص آخر ، وبعد موته بادر الموصى له إلى تسجيل الوصية قبل أن يسجل المشتري البيع ، فإن المشتري لا يستطيع أن يحتج على الموصى له بأنه ملتزم بالضمان لاسترد منه العقار أو لاستيفائه إذا استرده الموصى له ، لأن الالتزام بالضمان لم ينتقل من الموصى إلى الموصى له ، بل يبقى في الشركة . وللمشتري أن يرجع بالتعويض على الشركة ، ويقدم في رجوعه بهذا الحق على الموصى له ، فلا يأخذ الموصى له العقار إلا إذا كان الباقي من أموال الشركة يفي بالتعويض ويبقى من هذا الباقي ما لا يقل عن ضعف قيمة العقار حتى لا تزيد الوصية على ثلث الشركة بعد استئصال الديون . ولا يتعدى الالتزام بالضمان للبائع إلى دائته ، فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له ، وقبل أن يسجل المشتري البيع بادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار وسجل تنبيه نزع الملكية ، فمن حق الدائن أن يستمر في التنفيذ ولا يحتج عليه المشتري بأنه ملتزم بالضمان من مدينه ، فإن هذا الالتزام لا يتعدى إليه كما قدمنا .

والزام البائع بضمان تعرضه للزام بالامتناع عن عمل هو التعرض للمشتري في ملكيته وانتفاعه بالمبيع ، فهو إذن التزام غير قابل للانقسام (indivisible) ، حتى لو كان المبيع ذاته قابلاً لأن ينقسم . ويترتب على ذلك أنه لو تعلق هذا الالتزام بذمة أكثر من شخص واحد ، لم ينقسم الالتزام على المدينين المتعدين ، بل يكون كل منهم مدينًا بالالتزام كله . فلو كان شخصان يملكان داراً في الشيوع ،

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر أرى فقرة ٢٩٣ — الأستاذ جميل تشرقاري ص ٢٠٠ هامش ٢ — الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١ ص ١٤٦ — ص ١٤٧ — وفارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ ص ٣٧٢ و فقرة ٢٢٦ — الأستاذ محمد كامل مربي فقرة ١٦٤ ص ٢٨٦ — الأستاذين أحمد نجيب اللؤلؤ وحامد زكي فقرة ٣٤٧ .

وباعاها معاً ، التزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل
الدار وليس في النصيب الذي باعه فحسب . ولو ظهر بعد ذلك أن أحد
الشخصين البائعين هو الذي يملك الدار كلها وأن الشخص الآخر لا يملك فيها
شيئاً ، فإن الشخص الأول يبنى ملتزماً بعدم التعرض في كل الدار ، ولا يستطيع
أن يسترد من المشتري النصيب الشائع الذي لم يبعه لأن التزامه بعدم التعرض
غير قابل للانقسام ، ويجوز للمشتري أن يدفع استرداداً بأنه ملتزم بعدم
التعرض . فلا يبقى في هذه الحالة للشخص الأول إلا أن يرجع على الشخص
الآخر الذي ظهر أنه لا يملك شيئاً في الدار . وهذا هو الحكم لو أن شخصين
ورثا داراً فباعاها معاً ، ثم ظهر أن أحدهما هو الوارث وحده ، فلا يجوز له
أن يسترد شيئاً من المشتري ، إذ هو ضامن لتعرضه في كل الدار . وهذا هو
ما أجمع عليه القضاء والفقهاء في فرنسا (١) ، وسار عليه الفقهاء في مصر (٢) .

٣٣٣- (٣) الدائن في الالتزام بفحصه التقرض الصادر من البائع:

الدائن في هذا الالتزام هو في الأصل المشتري ، فهو الذي يقع عليه التعرض

- (١) نفق فرنسى ٥ يناير سنة ١٨١٥ سيرة ١٥ - ١ - ٢٣١ - ١١ أغسطس سنة ١٨٣٠ سيرة ٣٠ - ١ - ٣٩٥ - نفق بلجيكى ٥ يونيه سنة ١٨٥٦ دالوز ٥٦ - ٢ - ٢٠٩ وباسيكرىزى ٥٦ - ١ - ٣٠٨ - جيو ر ١ فقرة ٢٤٣ قارة ٣٤٤ - أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هاش ٨ و ١٢ - لوران ٢٤ فقرة ٢١٥ - بودرى وسينيا فقرة ٣٦٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٣ - كولان وكابيتان ، فقرة ٩٠٣ - ويمترض بولانجيه على هذا الحكم ، ويميل إلى التميز ما بين التمرض المبنى على سبب مادى وهذا غير قابل للانقسام والتمرض المبنى على سبب قانونى وهو قابل له (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥١٦ - وانظر أيضاً جوسران ٢ فقرة ١٠٩٦) .
- وكان الحكم فى القانون الفرنسى القديم غير ذلك ، إذ كان الالتزام ينقسم ، فإن استرد البائع الأول النصيب الذى لم يبعه فى الدار ، جاز للمشتري أن يلزمه بأخذ الدار كلها حتى لا تتجزأ عليه الصفقة . ويسترد المشتري من البائع الأول كل الثمن ، ثم يرجع البائع الأول على البائع الثانى بما دفعه منه (بوتيه فى البيع فقرة ١٧٢) .

- (٢) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٧ - الأستاذ محمد حل إمام فقرة ٢١٤ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٨ - الأستاذ جميل الشرفاوي فقرة ٦٦ ص ٢٣٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٩٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٨١ - الأستاذان أحمد نجيب الهلالى وحامد زكى فقرة ٣٤٧ - فقرة ٣٤٨ . وقارن الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٤ ص ٢٨٧ .

هامة . وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام ، لأن الحق في خلاف الديون تنتقل من المورث إلى الوارث . فلو أن شخصاً اشترى داراً ، وتركها لوارث ، وتعرض البائع لهذا الوارث في الدار ، كان للوارث أن يحتج عليه بالتزام بضمان التعرض كما كان يحتج مورثه . وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة ، فلو أن شخصاً باع داراً ، وباع المشتري الدار لمشتري ثان ، كان البائع ملزماً بعدم التعرض لا للمشتري الأول فحسب ، بل أيضاً للمشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المبيعة . وللمشتري الثاني أن يرجع على البائع بدعوى مباشرة ، هي دعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول وقد انتقلت إلى المشتري الثاني (١) .

ويستفيد دائن المشتري من ضمان البائع للتعرض . فلو أن شخصاً باع عيناً غير مملوكة له ثم ملكها ، فإنه لا يستطيع أن يستردها من المشتري كما سبق القول لالتزامه بعدم التعرض ، وكذلك لا يستطيع أن يمنع دائن المشتري من التنفيذ عليها لأن الدائن يستفيد من هذا الالتزام .

٣٣٤ - (٤) البيع الذي يفرض الضمان : وكل بيع ينشئ الضمان ،

فتولد منه التزام في ذمة البائع بعدم التعرض للمشتري . يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل ، ويستوى في ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو إدارياً .

فإذا باع شخص عقاراً ، ثم باعه مرة أخرى إلى مشتري ثان ، وبادر المشتري الثاني إلى التسجيل قبل المشتري الأول ، فاز البائع يكون ملتزماً بضمان التعرض نحو المشتري الأول ولو أن البيع الصادر لهذا المشتري غير مسجل . وكذلك يكون البائع ملتزماً بضمان التعرض إذا صدر هذا التعرض من دائنه في بيع غير مسجل . فإذا باع شخص عقاراً ، ولم يسجل المشتري البيع فبقي العقار مملوكاً للبائع ، وبادر دائن البائع إلى التنفيذ على العقار فسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل

(١) كذلك لو كان الخلف الخاص مورثاً له فإنه يكون دائناً بضمان التعرض لمن باع المراهب ، وله أيضاً دعوى مباشرة ، وهذه بخلاف الدعوى غير المباشرة التي يستطيع رؤسها باسم الواهب (بودري وسبينا فقرة ٢٥٩ ص ٣٦٤) .

المشتري عقد البيع ، فقد قدمنا أن للدائن أن يستمر في التنفيذ ، ويبقى البائع ملتزماً بالضمان نحو المشتري ولو أن البيع لم يسجل (١).

وضمان التعرض واجب في بيع المزاد وجوبه في بيع المساومة ، ويستوى ^{١٢} قدمنا أن يكون البيع بالمزاد قضائياً أو إدارياً أو اختيارياً . وسنرى أن ضمان العيوب الخفية لا يجلب في البيوع الجبرية ، قضائية كانت أو إدارية ، فقد نصت المادة ٤٥٤ مدني على أنه « لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد » . ولكن ضمان التعرض واجب في كل هذه البيوع . فإذا باع الدائنون على المدين ماله في المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام بعدم التعرض ، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع كما هو الأمر في كل بيع آخر . والبائع هنا ليس هم للدائنين الذين باعوا على المدين العين بالمزاد ، ولكنه هو المدين نفسه فهو صاحب العين وقد بيعت عليه ، فيكون ملتزماً بعدم التعرض للمشتري الذي رسا عليه المزاد (٢) .

٣٣٥ - (ب) ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع :

الزام البائع بعدم التعرض للمشتري التزام دائم ، فيجب على البائع أن يمتنع عن التعرض للمشتري في أي وقت بعد البيع ، ولو كان قد انقضى على البيع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تسجيل المشتري عقد شرائه لا يترتب عليه سقوط حق الضمان . وإذن فالحكم الذي يرفض دعوى الضمان تأسيساً على أن نزع ملكية العين من المشتري لم يكن إلا نتيجة إهماله في تسجيل عقد شرائه ، مما مكن دائن البائع الشخصي من نزع ملكية العين المبيعة ، يكون حكماً مخالفاً للقانون متعيناً نقضه (نقض مدني ١٢ فبراير سنة ١٩٢٦ مجموعة ص ٢٢٦ رقم ١٠٤١) .

وضمان التعرض في ذلك كضمان الاستحقاق ، فالضمانان واجبان حتى في بيع غير مسجل . ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيلي في هذا الصدد : « هذا وضمان الاستحقاق واجب حتى في بيع غير مسجل ، كما إذا باع البائع العقار مرة أخرى قبل أن يسجل المشتري الأول ، وكما إذا نقل الدائن الشخصي للبائع على العقار المبيع قبل تسجيل البيع : نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٢٦ منقح مجلة القانون والاقتصاد ٦ ص ١٢٤ » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٢) .

(٢) ويلتزم البائع نحو الشفع بضمان التعرض ، كما كان يلتزم نحو المشتري قبل الأخذ بالشفعة . ويجوز أيضاً لمسترد حصة شائعة في منقول باعها أحد الشركاء لأجنبي (م ٨٢٣ مدني) الرجوع على الشريك البائع بضمان التعرض .

أكثر من خمس عشرة سنة وهي مدة للتقادم (١). فإذا أخل به البائع بأن تعرض فعلا للمشتري ، تولد عن الالتزام الأصلي بعدم التعرض التزام جزائي بالتعويض . وهذا الالتزام الجزائي هو الذي يسقط بالتقادم ، فإذا لم يطالب به المشتري في خلال خمس عشرة سنة من وقت وقوع التعرض فعلا ، سقط بالتقادم كما قدمنا ، ولا يستطيع المشتري بعد ذلك أن يطالب به البائع .

هذا الالتزام الجزائي هو الذي يترتب على قيام ضمان التعرض . وتختلف طريقة تنفيذ هذا الالتزام باختلاف الأحوال التي يقرم فيها ضمان التعرض . فإذا كان تعرض البائع للمشتري قائماً على أعمال مادية محضة ، كمنافسة المشتري في المتجر المبيع ، وجب على البائع تعريض المشتري عما أصابه من الضرر بسبب هذه المنافسة ، ووجب في الوقت ذاته أن يقفل البائع المتجر الذي أنشأه ، ويجوز أن يحكم عليه بتهديد مالي عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن إقفال المتجر (٢) .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على تصرف قانوني صادر منه ، بأن باع مثلاً العقار مرة أخرى لمشتري ثان وسبق المشتري الثاني المشتري الأول إلى التسجيل ، فلا مناص من تقديم المشتري الثاني على المشتري الأول ، ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة بالتعويض على البائع ، إما بموجب استحقاق الغير للمبيع ، وإما بموجب ضمان البائع للتعرض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه .

وإذا كان تعرض البائع قائماً على أنه يدعى لنفسه حقاً على المبيع ، بأن كان مثلاً قد باع عيناً غير مملوكة له ثم تملكها بعد ذلك ، فالجزاء هنا يتخذ صورة خاصة هي أن ترد دعوى البائع باسترداد المبيع من المشتري ، فلا يستطيع البائع أن يسترد العين ، لأن من وجب عليه الضمان لا يستطيع الاسترداد كما سبق القول . بل إن البائع ، لو لم يملك المبيع بعد البيع ، لا يستطيع أن يطلب إبطال البيع

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ : فقرة ٨٩ ص ٩٢ .

(٢) بلانيول وريبير وهامل ١٠ : فقرة ٩١ ص ٩٥ - عهد الفتح عهد الباتي فقرة ١٢٨ .

الصادر منه للمشتري ، لأن في طلب إبطال البيع ضرباً من التعرض للمشتري
والرائع ملزم بعدم التعرض (١).

وفي أحكام بيع ملك الغير مايتفق مع ماقدّمناه من الأحكام . فالبايع إذا باع
عيناً غير مملوكة له ثم ملكها بعد ذلك ، انقلب بيع ملك الغير صحيحاً وانتقلت
الملكية إلى المشتري من البائع ، وهذا يؤيد أن البائع لا يستطيع في هذه الحالة
أن يستد المبيع من المشتري إذ يواجه بالتزام الضمان . كذلك لا يستطيع البائع
أن يطالب بإبطال البيع الصادر منه لعين غير مملوكة له ، لأن قابلية بيع ملك
الغير للإبطال إنما تقررت لصالح المشتري لا لصالح البائع ، وهذا يؤيد أن البائع
لا يستطيع طلب إبطال البيع إذ يواجه كما قدّمنا بالتزام الضمان (٢) .

٣٣٦ - (ج) الاتفاق على تعديل أحكام ضمانه التعرض الصادر

صدر البائع : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ من التقنين المدني على ما يأتي :
« إذا اتفق على عدم الضمان ، بقي البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ
عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك » (٣) .

وبعبر عن هذا النص لحالة واحدة من أحوال ثلاث في الاتفاق على تعديل

(١) وقد أورد كولان وكابيتان مثلاً التعرض الصادر من البائع أن يطالب بإبطال بيع صدر
منه في عين غير مملوكة له ، فبعد هذا تعرضاً منه للمشتري ولا تقبل دعواه (كولان وكابيتان ،
فقرة ٩٠٤) .

(٢) وقد يقوم تعرض البائع على تقديمه بطن في سند ملكيته للمبيع ، فإذا قبل هذا الطعن
قأثر حق المشتري . مثل ذلك أن يكون البائع قد تقاسم مع شركائه في الشيوع ، وباع حصته التي
أفرزتها هذه القصة ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في القصة بالإبطال ، لأن هذا الطعن من
شأنه أن يؤثر في حق المشتري لحصة المنزلة ، فيعتبر الطعن تعرضاً منه للمشتري ، ومن ثم
لا يسري في حق هذا المشتري . (انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٥
هامش ٢) .

(٣) أنظر تاريخ هذا النص والنصوص المقابلة له في التقنين المدني السابق وفي التقنينات
المدنية العربية الأخرى ما يمل فقرة ٣٥٥ - ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين المدني الجديد
وبين التقنين المدني السابق والتقنينات المدنية العربية الأخرى .

محكام ضمان التمرض ، وهى حالة الاتفاق على إسقاط الضمان (١) . ويرجع إلى جانب هذه الحالة حالتان أخريان : حالة الاتفاق على زيادة الضمان وحالة الاتفاق على إنقاص الضمان .

أما الاتفاق على زيادة الضمان فجائز . ذلك أن البائع يلزم ، إذا لم يقع اتفاق على أى تعديل فى أحكام الضمان ، بضمان التمرض الصادر منه المشتري فى ملكه للمبيع وفى انتفاعه به الانتفاع المألوف . فإذا أراد المشتري الانتفاع بالمبيع انتفاعاً خاصاً بقضى ألا يقوم البائع بأعمال معينة تتعارض مع هذا الانتفاع الخاص ، جاز أن يتفق مع البائع على ذلك . فإذا كان المبيع متجراً لسلعة معينة . ويريد المشتري أن يضيف إلى هذه السلعة سلعة أخرى لم يكن البائع يتجر فيها ، جاز أن يتفق مع البائع على ألا ينشئ إلى جانبه متجراً تباع فيه السلعة الأصلية أو السلعة الأخرى ، ويكون المشتري هنا قد اتفق مع البائع على زيادة الضمان (٢) .

وكذلك الاتفاق على إنقاص الضمان جائز . مثل أن يشترط بيع المتجر على المشتري عدم منعه من إنشاء متجر يبيع فيه بعض السلع التى تباع فى المتجر المبيع ، ففي هذا الاتفاق إنقاص من ضمان البائع للتمرض (٣) .

ولكن الاتفاق على إسقاط الضمان الناشئ عن فعل البائع إسقاطاً نهائياً غير جائز . ويكون الاتفاق فى هذه الحالة باطلاً . ففي المثل المتقدم لا يجوز للبائع أن ينشئ متجراً ينافس به المتجر المبيع منافسة غير محدودة ، ولو اشترط البائع هدم الضمان . كذلك إذا صدر من البائع تصرف قانونى بعد البيع يتعارض مع حق المشتري ، كأن يبيع العقار مرة ثانية ويبادر المشتري الثانى إلى التسجيل فى المشتري الأول ، كان البائع ضامناً لتصرفه هذا حتى لو اشترط هدم الضمان (٤) .

(١) والمقصود بمبارة عدم الضمان الواردة فى الفقرة الأولى من المادة ٤٤٦ مدنى هو إسقاط الضمان لا إنقاصه (أنظر ما يلى فقرة ٣٥٧ فى الهامش وفقرة ٣٥٩ فى الهامش) .

(٢) أنظر فى أمثله أخرى لتشديد الضمان أوبرى ورو . فقرة ٣٥٥ ص ٦٢ وهامش رقم ٥ مكرر رابعاً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ٩٣ هامش رقم ١ .

(٣) أنظر فى أمثله أخرى لإنقاص الضمان بودرى وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٥ - ص ٤١٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٤ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط عدم الضمان للوارد فى البند الحادى والعشرين من =

ولا يجوز أيضاً أن يحتج البائع بحق له مستحدث على المبيع ، ولو كان في عقد
قد اشترط عدم الضمان . وقد روى في هذا كله أن البائع لا يجوز له أن يشترط
عدم مسئولته عن فعله ، كما لا يستطيع أن يشترط عدم مسئولته عن غشه
أو عن تقصيره (١).

المطلب الثاني

التعرض الصادر من الغير

٣٣٧ - مسائل تطرأ : نبحث في التعرض الصادر من الغير نفس
المسائل الثلاث التي بحثناها في التعرض الصادر من البائع : (١) متى يقوم هذا
الضمان (٢) ما يترتب على قيام الضمان . (٣) الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .

١٩ - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٣٨ - فقرة البحث : وتبعض هنا أيضاً خطة البحث التي اتبعناها
في التعرض الصادر من البائع ، فنبحث : (١) أعمال التعرض . (ب) المدين
: الالتزام بالتعرض . (ج) الدائن في هذا الالتزام . (د) البيع الذي ينشئ
هذا الضمان .

٣٣٩ - (١) أعمال التعرض الصادر من الغير : حتى يقوم ضمان
التعرض الصادر من الغير ، يجب توافر شروط ثلاثة : (أولاً) أن يقع التعرض

= شروط قائمة مزاد استبدال الأموال الموقوفة ، ومزاداه أن المشتري يشتري ساقط الخيار ،
لا يسقط من البائع (وزارة الأوقاف) ضمان عدم تسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت
رسو المزاد وقصره فيه بالهدم والبناء وبيع بمضه وقبض منه ، ما دام كل ذلك كان من فعله
وبعد رسو المزاد (نقض مدني ١٧ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ٩٧ ص ٢٩١) .
(١) برودري وسينيا فقرة ٤٠٧ ص ٤١٤ - ص ٤١٥ - بلانيول ريبير وهامل ١٠
نقطة ٩٤ .

فعلا . (ثانياً) أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع . (ثالثاً) أن يكون هذا الحق سابقاً على البيع ، فإذا كان تالياً له وجب أن يكون الغير قد استمده من البائع .

٣٤٠ - أولاً - أنه يقع التعرض فعلاً : قدّمنا أن المادة ٤٩٣ مدني تنص بأن « يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه » سواء كان التعرض من فعله هو أو من فعل أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع بحيث يمتنع به على المشتري . فيجب إذن أن يقع التعرض فعلاً من الغير ، والغير هنا هو أجنبي ليس طرفاً في عقد البيع . فيدعى الغير حقاً على المبيع ، ويرفع بهذا الحق دعوى على المشتري ، وهذا هو في الأصل معنى وقوع التعرض فعلاً (١) . وهذه الدعوى تختلف باختلاف الحق الذي يدعيه الغير ،

(١) نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة ص ٧٩ رقم ٢٨٠ - أما إذا لم يقع التعرض فعلاً بل خيف من وقوعه ، فإن هذا لا يمكن التحقق الضمان ، ولكن المشتري في هذه الحالة ، إذا كان لم يدفع الثمن ، يجوز له حبه لمجرد الخشية من وقوع التعرض ، ومع ذلك يجوز للبائع أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً (م ٤٥٧ م ١٠٣٠ حلف) . فإذا كان المشتري قد دفع الثمن ، وخشى من وقوع تعرض لما يقع ، فليس له أن يستدعي الثمن ليحبه ، وليس له رفع دعوى ضمان التعرض ما دام التعرض لم يقع ، ولكن يمكن أن يكون له الحق في طلب فسخ البيع ، ويكون له الحق أيضاً إذا كان المبيع غير مملوك للبائع أن يطلب إبطال البيع (بلانيرول وريبر وهامل ١٠ ص ٩٩ هامش ١) .

ويترتب على ما قلناه أن مجرد وجود حق رهن على المبيع لا يتحقق به الضمان ، ما دام الدائن المرتهن لم يتخذ أي إجراء على الدين المبيعة (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٢٢ مجموعة ص ١ رقم ٤٠ ص ٧٦ - استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٣) ، وقد لا يتخذ هذا الإجراء إذا استوفى من البائع حقه (بودري ومينيا فقرة ٣٥١ مكررة أولاً) . ولكن متى أنذر الدائن المرتهن المشتري بالدفع أو التخلي ، يكون التعرض قد وقع فعلاً (استئناف مختلط ٩ مارس ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٩٥) . على أن مجرد ظهور حق رهن أو حق اختصاص أو حق ارتفاق على الدين يميز للمشتري طلب فسخ البيع ، وإن لم يحصل التعرض فعلاً (استئناف وطني ٢٦ يناير سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤ ص ٥١ - ٨ مارس سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٥ ص ٨٩ - ٢٧ ديسمبر سنة ١٩١١ الحقوق ٣٨ ص ١٢٣ - ٢ ديسمبر سنة ١٩١٤ الشرائع رقم ١/١٢٠ ص ١١٦ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٧ الشرائع ٤ رقم ٩٨ ص ٢٤٢) .

كذلك إذا كان المبيع في حيازة غير البائع ، فلهذا لا يمكن التحقق الضمان ، والمشتري أن يطلب من البائع تسليم المبيع ، كما يجوز له أن يرفع دعوى استرداد على الحائز فإن لم يسلّم = (م ٤١ - الوسيط ج ٤)

فقد تكون دعوى استحقاق كل بطالب بموجبها الغير المشتري بملكية المبيع كله ، أو دعوى استحقاق جزئى بطالب بموجبها بملكية بعض المبيع ، أو دعوى رهن بطالب فيها بدين مضمون برهن على المبيع (١) ، أو دعوى ارتفاع بطالب فيها بحق ارتفاع على المبيع ، أو دعوى إيجار يتمسك فيها الغير غير المشتري بعقد إيجار صدر له كمتأجر . وقد لا يكون الغير هو المدعى في هذه الدعوى ، بل يكون مدعى عليه . ويتصور ذلك بأن يكون المبيع في يد الغير ، فيرفع عليه المشتري بعد صدور البيع دعوى بطالب فيها به . يتمسك الغير في هذه الدعوى بالحق الذى يدعيه على المبيع بموجب دفع يدفع به دعوى الاسترداد التى رفعها المشتري . فالتعرض إذن يكون واقعاً فعلاً من الغير ، بدعوى ترفع أمام القضاء يكون فيها الغير إما مدعياً أو مدعى عليه (٢).

= بدعواه بل ادعى أن له حقاً على المبيع تحقق ضمان التعرض (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانياً) . وبمجرد الحثية من الاستحقاق لا يكنى (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٥٥ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٣١) ، وكذلك لا يكنى عدم تسليم مستندات الملكية ما دام لم يتعرض أحد للمشتري (استئناف مختلط ١٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ١٥٨) ، ولا بمجرد عدم إثبات ملكية البائع للمبيع (استئناف مختلط ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٠٦) ، ولا عدم شطب الرهن إذا كان الدين قد دفع (استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٨٧) .

ولكن يكنى الرجوع بضمان التعرض أن يكون المشتري لم يستطع الانتفاع بالمبيع ، حتى لو لم ترفع عليه دعوى الاستحقاق من المستحق (استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٣٨) . وإذا وقع التعرض للمشتري ونزعت حيازته ، فالمشتري هو الذى يرفع دعوى الاسترداد لا البائع ، إذ لا صفة لبائع بعد البيع فى رفع هذه الدعوى (استئناف مصر ١٥ يونيو سنة ١٩٢٦ للحاماة ٧ رقم ١/١٥٥ ص ٢١٦) . وإذا رفعت دعوى ضمان الإستهقاق ، جاز للبائع دفعها بأن المالك قد أقر البيع ، وهذا بخلاف دعوى الإبطال فى بيع ملك الغير (استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٥) .

(١) وذلك بأن يلجأ الدائن المرتهن إلى مزرع ملكية العقار المبيع ، ويقع التعرض فى هذه الحانة كما قدمنا بمجرد إنذار المشتري بالدفع أو التخلية ، فيجوز عندئذ للمشتري أن يطلب من البائع أن يدفع عنه هذا التعرض بأن يوفى الدائن دينه أو يميل على شطب الرهن بأية وسيلة . ويجوز الحكم على البائع بغرامة تهديدية حتى يقوم بجمع التعرض (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٤٦ ريشير إلى حكين فى هذا المعنى) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن ضمان المبيع المترتب على البيع ينحصر فى تسليم المبيع دون منازعته فيه من الغير . فإذا عجز البائع عن التسليم أو عجز عن كف منازعة =

على أن رفع الدعوى أمام القضاء ، وإن كان التعرض من الغير يقع به في الغالب ، ليس ضرورياً لوقوع التعرض فعلاً ، فقد يقع التعرض من الغير دون أن ترفع به دعوى . ويتحقق ذلك إذا اعتقد المشتري أن الغير على حق فيما يدعيه (١) ، فيسلم له ادعائه أو بصالحه عليه أو يدفع له الدين المضمون برهن على أن المبيع أو نحو ذلك (٢) . ولكن المشتري في هذه الحالة يخاطر بأحد أمرين : أولهما أن يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق فيما يدعيه على خلاف ما اعتقده المشتري ، وعندئذ يفقد المشتري حقه في الرجوع على البائع بالضمان . والثاني أنه حتى إذا لم يستطع البائع أن يثبت ذلك ، فإن له ، طبقاً للمادة ٤٤٢ مدني . أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه للبائع أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية والمصروفات ، وسيأتي بيان ذلك .

كذلك يعتبر التعرض واقعاً فعلاً دون أن ترفع دعوى ، إذا كان البائع غير مالك للمبيع ، وبعد البيع ملكه المشتري بسبب آخر غير البيع الصادر له . مثل ذلك أن يبيع شخص عيناً غير مملوكة له ، فلا تنتقل الملكية للمشتري بالبيع ،

= الغير للمشتري وجب عليه الضمان. وهذا الضمان في الحالتين مرجعه بيع البائع ما لا يملك، إلا أن المبيع كان في الحالة الأولى تحت يد الغير وقت البيع فتعذر التسليم ، وكان في الحالة الثانية تحت يد المشتري فاسترده مالكة الحقيقي ونزعت بذلك الملكية من المشتري . وإنه يترتب على هذا الضمان بطلان البيع في الحالة الأولى أو فسخه في الحالة الثانية وإلزام البائع برد الثمن مع التضمينات (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٠ الهامة ٢٠ ص ١٣٦٤) . ولا يفهم من هذا الحكم أن الضمان في الحالة الأولى محصور في بطلان البيع باعتباره بيع ملك الغير ، ذلك أن ضمان الاستحقاق يقوم حتى في هذه الحالة ، ويكون للمشتري الخيار بين إبطال البيع باعتباره بيع ملك الغير ، وبين الرجوع بضمان الاستحقاق على البائع (أنظر الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٥ ص ٣٥٧ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ١٦٩ ص ٢٩٢ - وانظر بودري وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثانياً - دي باج ٤ فقرة ١٣٨) .

(١) وقد يكون هذا الاعتقاد مبنياً على أسباب قوية، كما إذا كان المبيع مرهوناً فيخلية لعدائين المرتهن (بيدان ١١ فقرة ١٩١ أولاً) ، أو كان سند ملكية البائع قد هبته ورزق الوهاب بعد الهبة ولداً أو كان للوهاب ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حي ثم يرجع الوهاب في هبته (م ٥٠١ حرف ج مدني) . أنظر في هذا المعنى بودري وسينيا فقرة ٢٥٠ ص ٢٤٧ - أنسيكلويدى دالوز ٥ لفظ vente فقرة ١٢٩١ .

(٢) أنظر المادة ٤٤٢ مدني وسيأتي بيانها - وانظر أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٥ ص ٦٧ - بيدان ١١ فقرة ١٩١ ص ١٤٥ .

ولكن المشتري يرث العين من المالك أو يشتريها منه أو يوصي المالك له بها فتنتقل إليه الملكية بسبب آخر غير البيع ، فتكون العين في الواقع من الأمر قد استحققت للمالك الحقيقي ثم انتقلت ملكيتها بعد ذلك من المالك الحقيقي إلى المشتري (١) . ومن ثم تكون العين قد استحققت فعلاً ، فوجب البائع ضمان الاستحقاق (٢) .

ويتربى على أن ضمان التعرض والاستحقاق لا يتحقق إلا من وقت وقوع أعمال التعرض أو ثبوت الاستحقاق ، أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى ضمان التعرض إلا من وقت وقوع التعرض ، ولا يسرى بالنسبة إلى ضمان الاستحقاق إلا من وقت ثبوت الاستحقاق (٢/٣٨١ مدني) ، ومدة التقادم في الحالتين خمس عشرة سنة . ويبقى البيع مرتباً لضمان التعرض والاستحقاق دائماً كما سبق القول ، ولا يسرى التقادم إلا من وقت وقوع التعرض أو ثبوت الاستحقاق (٣) .

٣٤١ - ثانياً : أنه يكون التعرض هو ادعاء الفبر هنا على البيع

هنا يجب التمييز بين التعرض المبني على سبب مادي والتعرض المبني على سبب

(١) أو يكون البيع مرهوناً ، فيدخل المشتري في المزايدة فيسوق عليه بتكاليف أكثر فيرجع بدعوى الاستحقاق على البائع ، أو يدفع الدين للدائن المرتهن حتى لا تباع العين فيرجع على البائع بما دفعه على أساس ضمان الاستحقاق (بودري وسينيا فقرة ٢٥٠ ص ٣٤٨ - أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ١٢٩٥) .

(٢) لوران ٢٤ فقرة ٢١٦ - أوبري ورو ه فقرة ٣٥٥ ص ٦٧ - بودري وسينيا فقرة ٢٥٠ - أنظر أيضاً بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٠ ص ١٠٦ (ويميلون إلى القول بأن المشتري يكثر في هذه الأحوال بدعوى الفسخ أو دعوى إبطال بيع ملك الغير) .

(٣) نقص مدني ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٧ ص ٩٩ - ٥ دسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٩ ص ٢٨٠ - استئناف وطني ٢٠ مارس سنة ١٩١٧ الحقوق ٣٢ ص ٤١ - استئناف مصر ٢٥ فبراير سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١٢٠ ص ٢٥٧ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٢/١٦٥ ص ٣٤٢ - استئناف مخطط ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٨ م ١١ ص ٦٧ - ٣٥ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٤٦ ص ١١٣ - ٢٠ أبريل سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٢٥٨ - استئناف مخطط (دوائر مجتمعة) ٢٣ مايو سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٤٦ .

قانوني . وقد رأينا في التعرض الصادر من البائع أنه يستوي أن يكون التعرض مبنياً على سبب قانوني أو مبنياً على سبب مادي ، أما في التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني .

فالتعرض المبني على سبب مادي الصادر من الغير لا يتحقق به ضمان البائع لهذا التعرض (١) . ويكون التعرض مبنياً على سبب مادي ، كما رأينا ، إذا لم يكن الغير يدعي في تعرضه حقاً على المبيع ، بل هو يلجأ في تعرضه للمشتري إلى أعمال مادية محضة ، بل وإلى تصرفات قانونية ، ولكنه لا يدعي في كل ذلك أن له حقاً على المبيع . فإذا انتزع الغير المبيع من المشتري عنوة ، كان هذا عملاً مادياً محضاً ، ولا يكون البائع مسئولاً عنه . ويجزى المشتري في ذلك الحماية العامة التي يولها إياه القانون ، فهو يستطيع أن يواجه الغير بدعوى منع التعرض واسترداد الحيازة ونحوها إذا توافرت شروطها ، وهو يستطيع أن يرفع شكواه إلى الجهات الإدارية وغيرها لمنع الغير من اغتصاب ملكه ، ويستطيع في جميع الأحوال أن يرجع على الغير بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر بسبب هذا التعدي المادي ، وليس للبائع شأن في شيء من ذلك . وإذا كان المبيع متقولاً وسرقه الغير من المشتري ، كان الحكم هو ما قدمناه . وإذا كان المبيع متجراً وأقام الغير إلى جواره متجراً مماثلاً ونافس للمشتري منافسة غير مشروعة ، فليس البائع مسئولاً عن ذلك ، وعلى المشتري أن يرجع على الغير بجميع الدعاوى التي يقررها القانون في مثل هذه الحالة . وإذا كان المبيع داراً ، وأجرها الغير دون أن يدعي أن له حقاً في إيجارها ، فهذا تصرف قانوني يعتبر في حكم الأعمال المادية ، ولا يكون للبائع شأن فيه ، وعلى المشتري أن يطرد المستأجر من داره وأن يقاضي الغير الذي أجر له بالوسائل التي ينحوها إياه القانون . فما دام الغير لا يدعي حقاً ما على البيع يحنج به على المشتري ، فالتعرض الصادر منه يعتبر تعرضاً مبنياً على سبب مادي ، ولا يكون البائع

(١) نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٤ (ولو كان الضمان منصوباً عليه في العقد) — استئناف مختلط ٢٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٢١٠ — ٢٠ مارس سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٨٢ — ٢٣ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٩ .

ضامناً له أو مسئولاً عنه (١) .

وحتى يكون البائع ضامناً لتعرض الغير يجب أن يكون هذا التعرض مبنياً على سبب قانوني ، كما سبق القول ، وذلك بأن يدعى الغير حقاً على المبيع بحيث به على المشتري في دعوى برفعها عليه (٢) ، أو ترفع عليه من المشتري ، أو دون دعوى مع وقوع التعرض فعلاً (٣) ، على النحو الذي بسطناه فيما تقدم . ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتاً ، بل يكفي مجرد الادعاء به حتى لو كان هذا الادعاء ظاهر البطلان (٤) .

وهذا الحق الذي يدعيه الغير على المبيع ويحتج به على المشتري يجوز أن يكون حقاً عيباً أو حقاً شخصياً . وكان التقنين المدني السابق (م ٣٧٤/٣٠٠) يشترط أن يكون حقاً عيباً (٥) ، فصالح التقنين المدني الجديد هذا الخطأ

(١) استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٤٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٦ - وإذا كان التعرض المادى الصادر من الغير قد وقع قبل تسليم المبيع ، وجب على السامع دفعه ، ولكن لا يوجب التزامه بالضمان ، بل التزامه بالتسليم (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور م ١٠٥٩)
(٢) أما إذا رفع الغير الدعوى على البائع ، ولم يدخل فيها المشتري ، فالحكم الصادر في الدعوى لا يكون حجة على المشتري ، ومن ثم لا يكون هناك محل لرجوع المشتري على البائع بضمان التعرض أو الاستحقاق (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٩٨ ص ٥٩٢ - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٣٥ ص ٢٥١) .
(٣) ويشترط ألا يكون المشتري قد تسبب غطاء في هذا التعرض ، كأن كان قد تمهد بدفع الدين المضمون برهن على المبيع ولم يدفعه فزاع الدائن المرتهن ملكية المبيع (استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣/٣٠٠ ص ٤٢٨ - المنيا ٢٢ يولييه سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ١/٢٩٥ ص ٥٧٢) .

(٤) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٣٩

(٥) وقد قضت محكمة النقض في عهد التقنين المدني السابق بأن المادة ٣٠٠ مدني صريحة في أن ضمان البائع لا يشمل إلا الحقوق العينية ، وحق المتأجر على الغير المؤجرة ليس إلا حقاً شخصياً ، فهو لا يدخل في حكم هذه المادة (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٦ ص ٢٦) . وأنظر أيضاً : استئناف وطني ١٥ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٥ ص ٢٧٤ (لا تدخل في الإجارة في عبارة التكاليف) - استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٣٣٠ .

وأطلق ولم بشرط في الحق أن يكون هيناً (١) .

ومثل الحق العيني الذي بدعيه الغير على المبيع حق الملكية على المبيع كله أو على جزء منه شائع أو غير شائع ، فيتقدم الغير إلى المشتري باعتباره المالك الحقيقي للمبيع كله أو بعضه وبطالب برد ما بدعيه ، ويرفع عليه دعوى استحقاق كلى أو جزئى (٢) . وقد يكون الحق العيني حق رهن بدعيه الغير على المبيع ، أو حق اختصاص (٣) ، أو حق امتياز ، وقد يكون حق انتفاع ، أو حق حكر (٤) ، أو حق ارتفاق (٥) . ولم يميز التقنين المدنى المصرى بين حق الارتفاق وبين غيره من الحقوق العينية الأخرى التى تقدم ذكرها ،

(١) انظر آنفاً فقرة ٣٢٩ فى الهامش . والعبرة بتاريخ البيع ، فإذا كان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ مرسى للتقنين السابق ، وإلا فالتقنين الجديد .

(٢) فإذا كان الغير يطالب بشئ ليس جزءاً من المبيع ، لم ينحسب الضمان حتى لو ظنه المشتري خطأ جزءاً من المبيع ، كما إذا اشترى شخص أرضاً ورأى أشجاراً مفروسة فى حدودها فظنها تابعة للأرض ، وتبين بعد الشراء أنها لا تتبع الأرض بل هى تجار ، فليس للمشتري أن يرجع على البائع بالضمان فى هذه الحالة ما دام البائع لم يدخل الأشجار فى المبيع (بودرى وسينيا فقرة ٣٥١ مكررة ثالثة) . ولكن سرى أنه إذا وجد حق ارتفاق ظاهر للمبيع اطمأن المشتري إلى وجوده ، ضمنه البائع حتى لو لم يذكر فى عقد البيع ، فتبين أنه غير موجود رجع المشتري على البائع بالضمان (انظر ما يلى فقرة ٣٥٨ فى الهامش - بودرى وسينيا فقرة ٢٩٠) وقد قدمنا أن ضمان الاستحقاق غير ضمان العجز فى مقدار المبيع .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن البائع يضمن المبيع من كل تعرض للمشتري يستند إلى حق ووجه قانونى ، ويشمل ذلك وجود دين شخصى على مورث البائع وحصول الدائن على حكم بدينه ثم على حق اختصاص على المبيع (نقض مدنى ٢٤ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩ ص ٧١) .

(٤) استئناف مختلط ١٠ مارس سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٤٩ - ٢٣ يمنية سنة ١٩١٠ م ١٢ ص ٢٨٣ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٣٩ - ٢٥ مايو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٦٥ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٥٤ .

(٥) وقد يكون التعرض راجعاً إلى أن البائع قد باع المبيع ومعه حقوق ارتفاق تقررت لذاته ، ثم ظهر أنها غير موجودة ، فيرجع المشتري على البائع فى هذه الحالة بضمان الاستحقاق الجزئى . ويجب لتحقق الضمان أن تكون حقوق الارتفاق هذه مذكورة فى عقد البيع ، أو تكون ظاهرة بحيث يكون المشتري قد اطمأن إلى وجودها فتكون فى حكم المذكورة ضمناً (أوبرى ورو ، فقرة ٣٥٥ ص ٧٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٧ ص ١٠١ وهامش رقم ٤) .

كما ميز التقنين المدني الفرنسي حق الارتفاق بافراده بالذكر (م ١٦٢٦ مدني فرنسي) لاعتبارات تاريخية ترجع إلى تقاليد القانون الروماني وقد سبق بيانها (١). بل إن التقنين المدني المصري جعل حق الارتفاق كسائر الحقوق العينية، وشملها جميعاً بالعبرة التي وردت في المادة ٢٩٩ مدني : «... فعل أجنبي يكون له... حق على المبيع».

ومثل الحق الشخصي الذي يدعيه الغير حق المستأجر. فإذا كان الغير يدعي أنه مستأجر من بائع العين المبيعة بإيجار له تاريخ ثابت سابق على المبيع، واحتج بحقه على المشتري طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ مدني، كان هذا الادعاء من جانب الغير تعرضاً مبنياً على سبب قانوني بضمنه البائع. ويلتحق بذلك أن يدعي الغير، وهو مستأجر للعين المبيعة، أنه دفع الأجرة مقدماً للبائع، ويحتاج بمخالصة صادرة من البائع، مسجلة إذا كانت الأجرة المعجلة عن مدة تزيد على ثلاث سنوات، أو غير مسجلة إذا كانت المدة لا تزيد على ذلك، فيكون تمسك المستأجر بهذه المخالصة تعرضاً مبنياً على سبب قانوني بضمنه البائع.

٣٤٣ - ثالثاً - أنه يكون الحق الذي يبرهه الغير سابقاً على البيع

أو يكونه غالباً ولكنه مستند من البائع : ويجب أخيراً لتحقيق ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير أن يكون الحق الذي يدعيه الغير على المبيع (٢) حقاً يدعي أنه موجود قبل البيع الصادر إلى المشتري.

(١) انظر آنفاً فقرة ٢٢٥.

(٢) ويجب أن يكون الحق المدعى به منصاً أصلاً على المبيع، لا آتياً عرضاً عن طريق قاعدة عدم تجزئة الرهن. فإذا كان الدائن المرتهن لم ينزع ملكية القدر المبيع، بل إنه عند تسوية دينه ظهر أن له بقية منه أراد أن يضعها على العين المبيعة بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن، فرفع المشتري على البائعين دعوى بطلب قيمة هذه البقية التي هي زائدة على الثمن الذي سبق أن دفعه لهم والبنك المرتهن، فإن تكيف هذه الدعوى بأنها دعوى ضمان استحقاق أو نزع ملكية هو تكيف غير صحيح. والصحيح الممول عليه فقط هو عقد البيع وما قارنه من ظروف. وحكم هذا العقد أن المشتري خلف البائعين في الملكية الأطلاق التي اشتراها منهم مرهونة مع الأطلاق الأخرى، وأن ضمان البائعين من ناحية مبلغ الرهن هو ألا يكون نصيب الأطلاق المبيعة فيه وقت التعاقد أكثر مما ذكر في العقد. »

وهذا ما تصرح به المادة ٤٣٩ مدني ، كما رأينا ، إذ تقول : . . . فعل
أجنبي يكون له وقت البيع حق على المبيع . . . فإذا سلم الغير أن الحق الذي
بدعيه على المبيع لم يثبت له إلا بعد البيع ولم يستمده من البائع ، لم يكن البائع
مسئولاً عن الضمان . ويرجع ذلك في كثير من الأحوال إلى أن الحق الذي يدعى
الغير ثبوته بعد البيع لا يحتاج به على المشتري ويجب لتحقيق الضمان أن يكون الحق
مما يحتاج به على المشتري كما قدمنا . فإذا ادعى الغير أنه اشترى المبيع بعد البيع ،
فإذا كان اشتراه من غير البائع ولم يكن هذا مالاً ، لم يتحقق الضمان ، ليس
فحسب لأن الحق الذي يدعيه الغير لاحق للبيع ، بل أيضاً لأن الحق لا يحتاج
به على المشتري إذ هو مستمد من غير المالك . وإن كان اشتراه من غير البائع
وكان هذا هو المالك الحقيقي للمبيع ، تحقق الضمان بالرغم من أن حق الغير ثبت
بعد البيع ، وذلك لأن المستحق في هذه الحالة ليس هو الغير بالذات بل هو
المالك الحقيقي الذي باع للغير ، وهذا حقه ثابت قبل البيع . وإذا ادعى الغير أنه
مستأجر للعين المبيعة ولكن الإيجار صدر بعد البيع ، لم يكن البائع ضامناً ، ليس
فحسب لأن حق المستأجر لاحق للبيع ، بل أيضاً لأنه حق لا يستطيع المستأجر
أن يحتاج به على المشتري . ولكن قد يتحقق في بعض الأحوال أن يكون
الحق الذي يدعيه الغير لاحقاً للبيع ويستطيع مع ذلك الاحتجاج به على المشتري ،
فلا يكون البائع عندئذ مسؤولاً عن الضمان . مثل ذلك أن يتمسك مستأجر العين
المبيعة على المشتري بمدة الإيجار بموجب قانون استثنائي صدر بعد البيع ،
فهنا يتمسك المستأجر بحق لم يثبت له إلا بعد البيع ، فلا يكون البائع ضامناً .
وهذا بخلاف ما إذا كان القانون الاستثنائي القاضي بمدة الإيجار قد صدر

= وأما باقي الدين الذي يصيب الأطياف الأخرى المرهونة مع الأطياف المبيعة فلا شأن للبائع بضمانه ،
ولا تنطبق على بيعهم أحكام القانون المدني الواردة في باب ضمان المبيع عند استحقاقه للغير أو عند
نزع ملكيته كله أو بعضه . ويرجع المشتري في هذه الحالة ، وقد حل محل الدائن المرتهن فيما دونه
بسبب قاعدة عدم تجزئة الرهن ، على أصحاب الأطياف الأخرى التي فك رهنها عن طريق هذا الدفع
(نفي مدني ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة ص ١ رقم ٣٢٨ ص ١٠٥٤) . ويمكن القول
هنا إن سبب عدم ضمان البائع يرجع أيضاً إلى أن الحق الذي يدعيه الغير (الدائن المرتهن) لم يثبت
إلا بعد البيع ، أي عند تسوية الدين وظهور بقية منه وضاعها الدائن المرتهن على العين المبيعة . وسنرى
أن البائع لا يضمن حقاً للغير يثبت على المبيع بعد البيع .

قبل البيع ، إذ يكون حق المستأجر في هذه الحالة قد ثبت قبل البيع ، فيجب أن ينظر على البائع (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يبيع شخص عيناً مملوكة له ولكنها في حيازة شخص آخر مدة بلغت اثنتي عشرة سنة مثلاً ، وتبقى العين بعد البيع في حيازة هذا الشخص إلى أن يستكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة (٢) . فيمتلكها . ففي هذه الحالة قد ثبت حق الغير على العين ، ولكن البائع لا يكون مسئولاً عن الضمان ، لأن هذا الحق لم يثبت للغير إلا بعد البيع (٣) . إما إذا كان الحائز قد استكمل مدة التقادم خمس عشرة سنة قبل البيع ، ثم بيعت العين بعد ذلك ، كان البائع مسئولاً عن الضمان ، لأن الحق الذي يتمسك به الغير قد ثبت له قبل البيع (٤) . ويلحق بهذا الفرض ما إذا كان الحائز وقت البيع قد قارب استكمال مدة التقادم ، بحيث لم يبق إلا وقت قصير لا يتمكن فيه المشتري من اتخاذ إجراءات تقطع التقادم . فإذا كان الحائز قد وضع يده على العين مدة خمس عشرة سنة إلا شهراً مثلاً ، ثم بيعت العين ، فإن المشتري لا يتيسر له في الشهر الباقي لتتمام مدة التقادم أن يكشف عن هذا الرضع وأن يتخذ الإجراءات اللازمة لتقطع التقادم ، فيكون الحق الذي يتمسك به الغير في هذه الحالة في حكم الثابت قبل البيع ، ومن ثم يكون البائع مسئولاً عن الضمان (٥) .

على أن ضمان البائع لتعرض الغير يتحقق حتى لو كان الحق الذي يدعيه الغير لاحقاً للبيع ، إذا كان المشتري قد استند هذا الحق من البائع نفسه . وفي هذا نقول العبارة الأخيرة من المادة ٣٤٩ مدني : « ويكون البائع ملزماً بالضمان ولو

(١) بودري وسينيا فقرة ٣٥٢ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٦ وهامش رقم ٥ .

(٢) ويجوز أن يكون الحائز قد اشترى العين من غير المالك وهو حسن النية ، فيمتلكها بمدة التقادم القصير وهي خمس سنوات (استئناف مختلط ١٤ مارس ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٤٨) .

(٣) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - بيدان ١١ فقرة ١٩٣ - عكس ذلك لوران ٢٤ فقرة ٢٢٢ .

(٤) نقض مدني ٣١ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٢ ص ٧٤٩ .

(٥) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٨ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٤ - بلايول وريبير ١٠ فقرة ١٠١ ص ١٠٧ - عكس ذلك بيدان ١١ فقرة ١٩٣ .

كان الأجنبي قد ثبت حقه بعد البيع ، إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع نفسه . فإذا باع شخص عقاراً مرتين ، وسجل المشتري الثاني قبل أن يسجل المشتري الأول ، فإن المشتري الثاني وقد ملك المبيع يكون حقه لاحقاً للبيع الأول ، ومع ذلك يكون البائع مسئولاً عن الضمان نحو المشتري الأول بموجب البيع الأول ، لأن حق المشتري الثاني وإن كان لاحقاً للبيع الأول إلا أنه مستمد من البائع نفسه . وهذا هو الحكم أيضاً فيما إذا باع المالك المنقول مرتين وسلمه للمشتري الثاني وكان هذا حسن النية ، وذلك لنفس الاعتبارات المقدمة (١) . وكذلك يكون الحكم فيما إذا رهن المالك العقار ثم باعه ، وقيد الدائن المرتهن رهنه قبل أن يسجل المشتري (٢) .

وفي الأحوال التي يتحقق فيها ضمان البائع للتعرض لأن حق الغير وإن كان لاحقاً للبيع إلا أنه مستمد من البائع نفسه ، يكون البائع مسئولاً عن التعرض باعتباره صادراً من الغير وباعتباره صادراً منه هو في وقت واحد . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الاتفاق في هذه الحالة على إسقاط الضمان ، لا باعتبار أن التعرض صادر من الغير ، بل باعتبار أن التعرض صادر من البائع .

ولا يشترط لضمان البائع التعرض الصادر من الغير أن يكون المشتري وقت

(١) وبلاحظ أنه في حالة بيع المنقول مرتين ، تنتقل ملكية المنقول المبيع إلى المشتري الحازر لامن البائع ، بل من المشتري غير الحازر ، ومن ثم لا تنطبق حرفية النص وهو يقول : « إذا كان الحق قد آل إليه من البائع نفسه » . ولكن المقصود من النص هو أن يكون الحق قد آل إلى الغير نتيجة لفعل البائع (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦١ هامش رقم ١) .

ويجب الضمان إذا فزعت ملكية المبيع للمصلحة العامة في الفترة ما بين العقد الابتدائي والوقت المحدد لإمضاء العقد النهائي ، فإن المبيع تكون ملكيته قد نزع على البائع فأن سبب الاستحقاق من جهته (استئناف مختلط ٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥) .

ومن الفقهاء من يجعل البائع مسئولاً عن الضمان حتى لو كان سبب الاستحقاق أمراً من السلطة العامة صدر بعد البيع ، إذا ثبت أن هذا الأمر لم يصدر إلا بناء على شكوى البائع ، كما لو نظم البائع من نظام الري المقرر في منطقة الأرض المبيعة ، وترتب على تطلعه تغيير هذا النظام تغييراً أضر بالأرض المبيعة (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٣٥٧ هامش ٣ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٠ ص ٢٨٠) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٢٥١ مكررة .

البيع غير عالم بالحق الذى يدعيه الغير ، أو أن يكون البائع عالماً بهذا الحق . فحتى لو كان المشتري عالماً بالحق الذى يدعيه الغير ، وحتى لو كان البائع لا يعلم به ، فإن البائع يكون مع ذلك مسئولاً عن الضمان إلا إذا اشترط عدم مسئوليته باتفاق خاص وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدنى ، وسيأتى بيان ذلك . على أن حق الارتفاق يكفى لعدم الضمان فيه أن يكون المشتري عالماً به ، أو أن يكون ظاهراً بحيث يستطيع المشتري أن يعلم به . وهذا حكم خاص بحق الارتفاق ، تأثر فيه التقنين المدنى المصرى بتقاليد التقنين المدنى الفرنسى التى ترجع إلى عهد القانون الرومانى وقد سبق أن بيناها . ولكن التقنين المصرى جعل عدم ضمان حق الارتفاق إذا كان ظاهراً أو كان المشتري يعلم به راجعاً إلى اتفاق ضمنى على عدم الضمان ، إذ تقول الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى فى هذا الصدد : « ويفترض فى حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » . أما التقنين الفرنسى فيجعل عدم علم المشتري بحق الارتفاق (١) وعدم ظهور هذا الحق شرطين يجب توافرها حتى يكون البائع مسئولاً عن الضمان .

٣٤٣ - (ب) المدين فى الالتزام بضمانه التعرض الصادر من

الغير - عدم قابلية الالتزام وقابلية المدين فى الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع أيضاً ، فهو ضامن للتعرض الصادر

(١) وكذلك بالتكاليف الأخرى غير حق الارتفاق ، كحق الانتفاع وحق المستأجر . فوجب فى القانون الفرنسى أن يكون المشتري وقت البيع لا يعلم بهذه التكاليف ، فإن كان عالماً بها لم يكن البائع مسئولاً عن الضمان . أما فى التقنين المصرى الذى ذكر فى الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدنى هو حق الارتفاق ، ولم يذكر غيره كحق الانتفاع وحق المستأجر . ويتوجب على ذلك أن للضمان يتحقق فى هذين الحقتين الأخيرين ولو كان المشتري يعلم بهما وقت البيع ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان . وحق الرهن لا يعتبر تكليفاً فى القانون الفرنسى ، وعن ثم يكون الحكم واحداً بالنسبة إليه فى القانون المصرى والفرنسى ، ويكون البائع مسئولاً عن الضمان فى كل من القانونين حتى لو كان المشتري يعلم وقت البيع بهذا الحق ، ما لم يشترط البائع عدم الضمان (أنظر فى هذه المسألة فى القانون الفرنسى بلاسيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٨ فقرة - ٩٩ وفقرة ١٠٢) .

مد، وضامن في الوقت ذاته للعرض الصادر من الغير (١). ولا ينتقل التزامه بضمان تعرض الغير إلى الخلف العام، كما لا ينتقل التزامه بضمان تعرضه هو، لنفس السبب وهو أن الالتزام في القانون المصري لا ينتقل من المورث إلى الوارث بل يبقى ديناً في التركة. فإذا باع شخص عينا مملوكة للغير ثم مات، فإن المالك الحقيقي إما أن يسترد العين من المشتري ويرجع المشتري بالتعويض على التركة لا على الوارث، وإما أنه لا يستطيع استرداد العين كأن كانت منقولاً ملكه المشتري بالحيازة مع حسن النية، وفي هذه الحالة يرجع بالتعويض على التركة أيضاً لا على الوارث (٢). وغنى عن البيان أن الوارث لا يأخذ من التركة شيئاً قبل استئصال ديونها، ومنها هذا الدين بالتعويض الذي تلزم به التركة إما للمشتري وإما للمالك الحقيقي. كذلك لا ينتقل التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، كما لا ينتقل التزامه بضمان التعرض الصادر منه، إلى الخلف الخاص. فلو أن شخصاً باع عينا لمشتري أول وانتقلت إليه الملكية، ثم باع نفس العين لمشتري ثان، فإن البائع يكون مسئولاً عن ضمان نحو المشتري الثاني، ولا يكون المشتري الأول وهو الخلف الخاص للبائع على هذه العين مسئولاً عن الضمان.

ولا يتعدى التزام البائع بضمان تعرض الغير إلى دائته، كما لا يتعدى إلى الدائن التزامه بضمان تعرض نفسه. فلو باع شخص عقاراً مملوكاً له، ولم

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه ليس لمشتري في حالة استحقاق المبيع لغيره إلا حق الرجوع إلى البائع بالضمان. فإذا كانت الأعيان ملكاً لوقف، وباعها الناظر على أساس أنه تبادل في باع الوقف، ثم باعها المشتري إلى آخر، ثم طالب الناظر الجديد المشتري الثاني بتثبيت ملكية الوقف لها، فلا يحق لهذا المشتري، إذا ما حكم بالزامه برد أعيان الوقف، أن يطلب تسليمه أعيان الناظر السابق الخاصة التي وضع الوقف يده عليها بطريق البدل، لأنه لم يكن متبادلاً مع الوقف وإنما هو مشتري من شخص آخر بعيد عنه (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٤ بمجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨).

(٢) وقد قضت محكمة استئناف أسيوط بأن واجب الضمان في عقود البيع ينتقل إلى التركة في الشريعة الإسلامية بعد وفاة البائع، ولا يلتزم الورثة إلا بقدر ما استفادوا من التركة ولا يلتزمون به في أموالهم الخاصة، حتى لو شملت العين موضوع الضمان إذا خرجت عن ملك المورث إلى أحد الورثة قبل وفاته (استئناف أسيوط ٩ مارس سنة ١٩٤٦ بمجموعة الرجعية ١٢ رقم ٢٥).

جعل المشتري البيع ، وكان دائن البائع قد أخذ حق اختصاص على العقار قبل البيع ثم أخذ في تزعم ملكيته ، فان التعرض المشتري هنا يعتبر صادراً من الغير من وجه كما سبق القول ، ولا يستطيع المشتري في هذه الحالة أن يحتج على الدائن بالتزام البائع بضمان تعرض الغير ، لأن هذا الالتزام لا يتعدى إلى الدائن .

ولكن كفيل البائع بكون ملزماً مع البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، فإذا باع شخص عقاراً وكفله في البيع شخص آخر ، ثم ظهر أن العين المباعة مملوكة للكفيل لا للبائع ، فان الكفيل لا يستطيع أن يسترد العين . ذلك أن استرداد الكفيل للعين هو بالنسبة إلى المشتري تعرض صادر من الغير ، والبائع يضمن هذا التعرض وكذلك بضمينه كفيله ، فالكفيل إذن ضامن لهذا التعرض ومن وجب عليه الضمان لا يجوز له الاسترداد .

والتزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير ، كما سئى ، إما أن يطالب المشتري بتنفيذه عيناً فيدعو البائع إلى جعل الغير يكف عن تعرضه ، وإما أن يطالب بتنفيذه عن طريق التعويض برجوعه على البائع بضمان الاستحقاق إذا ظهر التنفيذ العيني . وهذا الالتزام في صورته الأولى ، صورة المطالبة بالتنفيذ عيناً ، يتكون خبر قابل للانقسام . فلو باع شخصان داراً على الشيوع ، وتعرض للمشتري أجنبي يدعى حقاً على الدار ، كان للمشتري أن يطلب من أى من البائعين تنفيذ الالتزام بضمان التعرض كاملاً تنفيذاً عينياً ، بأن يطلب منه أن يجعل الأجنبي يكف عن تعرضه في الدار كلها لا في نصيب هذا البائع فحسب (١) . ولكن الالتزام في صورته الأخرى ، صورة المطالبة بالتعويض ،

(١) ويرفع الأجنبي عادة دعوى استحقاق الدار على المشتري ، فيدخل المشتري أحد البائعين ضامناً في الدعوى ، وهل هذا أن يثبت أن ادعاء الأجنبي لا أساس له في كل الدار لا في نصيبه فقط . ولهذا البائع أن يدخل البائع الآخر ضامناً معه في الدعوى ليعارنه في هذا الإثبات ، وليحصل معه مصروفات الدعوى عند الانتضاء ، والمصروفات قابلة للانقسام فتقدم عليهما بنسبة نصيب كل منهما ، ولجميع عليهما مع التعويض إذا ثبت استحقاق الأجنبي للدار ، والتعويض أيضاً قابل للانقسام كما سئى فيحكم عليهما كل بنسبة نصيبه في الدار (لوران ٢٤٨ - ٢٤٩ - ٢٥٠ - ٢٥١ - ٢٥٢ - ٢٥٣ - ٢٥٤ - ٢٥٥ - ٢٥٦ - ٢٥٧ - ٢٥٨ - ٢٥٩ - ٢٦٠ - ٢٦١ - ٢٦٢ - ٢٦٣ - ٢٦٤ - ٢٦٥ - ٢٦٦ - ٢٦٧ - ٢٦٨ - ٢٦٩ - ٢٧٠ - ٢٧١ - ٢٧٢ - ٢٧٣ - ٢٧٤ - ٢٧٥ - ٢٧٦ - ٢٧٧ - ٢٧٨ - ٢٧٩ - ٢٨٠ - ٢٨١ - ٢٨٢ - ٢٨٣ - ٢٨٤ - ٢٨٥ - ٢٨٦ - ٢٨٧ - ٢٨٨ - ٢٨٩ - ٢٩٠ - ٢٩١ - ٢٩٢ - ٢٩٣ - ٢٩٤ - ٢٩٥ - ٢٩٦ - ٢٩٧ - ٢٩٨ - ٢٩٩ - ٣٠٠ - ٣٠١ - ٣٠٢ - ٣٠٣ - ٣٠٤ - ٣٠٥ - ٣٠٦ - ٣٠٧ - ٣٠٨ - ٣٠٩ - ٣١٠ - ٣١١ - ٣١٢ - ٣١٣ - ٣١٤ - ٣١٥ - ٣١٦ - ٣١٧ - ٣١٨ - ٣١٩ - ٣٢٠ - ٣٢١ - ٣٢٢ - ٣٢٣ - ٣٢٤ - ٣٢٥ - ٣٢٦ - ٣٢٧ - ٣٢٨ - ٣٢٩ - ٣٣٠ - ٣٣١ - ٣٣٢ - ٣٣٣ - ٣٣٤ - ٣٣٥ - ٣٣٦ - ٣٣٧ - ٣٣٨ - ٣٣٩ - ٣٤٠ - ٣٤١ - ٣٤٢ - ٣٤٣ - ٣٤٤ - ٣٤٥ - ٣٤٦ - ٣٤٧ - ٣٤٨ - ٣٤٩ - ٣٥٠ - ٣٥١ - ٣٥٢ - ٣٥٣ - ٣٥٤ - ٣٥٥ - ٣٥٦ - ٣٥٧ - ٣٥٨ - ٣٥٩ - ٣٦٠ - ٣٦١ - ٣٦٢ - ٣٦٣ - ٣٦٤ - ٣٦٥ - ٣٦٦ - ٣٦٧ - ٣٦٨ - ٣٦٩ - ٣٧٠ - ٣٧١ - ٣٧٢ - ٣٧٣ - ٣٧٤ - ٣٧٥ - ٣٧٦ - ٣٧٧ - ٣٧٨ - ٣٧٩ - ٣٨٠ - ٣٨١ - ٣٨٢ - ٣٨٣ - ٣٨٤ - ٣٨٥ - ٣٨٦ - ٣٨٧ - ٣٨٨ - ٣٨٩ - ٣٩٠ - ٣٩١ - ٣٩٢ - ٣٩٣ - ٣٩٤ - ٣٩٥ - ٣٩٦ - ٣٩٧ - ٣٩٨ - ٣٩٩ - ٤٠٠ - ٤٠١ - ٤٠٢ - ٤٠٣ - ٤٠٤ - ٤٠٥ - ٤٠٦ - ٤٠٧ - ٤٠٨ - ٤٠٩ - ٤١٠ - ٤١١ - ٤١٢ - ٤١٣ - ٤١٤ - ٤١٥ - ٤١٦ - ٤١٧ - ٤١٨ - ٤١٩ - ٤٢٠ - ٤٢١ - ٤٢٢ - ٤٢٣ - ٤٢٤ - ٤٢٥ - ٤٢٦ - ٤٢٧ - ٤٢٨ - ٤٢٩ - ٤٣٠ - ٤٣١ - ٤٣٢ - ٤٣٣ - ٤٣٤ - ٤٣٥ - ٤٣٦ - ٤٣٧ - ٤٣٨ - ٤٣٩ - ٤٤٠ - ٤٤١ - ٤٤٢ - ٤٤٣ - ٤٤٤ - ٤٤٥ - ٤٤٦ - ٤٤٧ - ٤٤٨ - ٤٤٩ - ٤٥٠ - ٤٥١ - ٤٥٢ - ٤٥٣ - ٤٥٤ - ٤٥٥ - ٤٥٦ - ٤٥٧ - ٤٥٨ - ٤٥٩ - ٤٦٠ - ٤٦١ - ٤٦٢ - ٤٦٣ - ٤٦٤ - ٤٦٥ - ٤٦٦ - ٤٦٧ - ٤٦٨ - ٤٦٩ - ٤٧٠ - ٤٧١ - ٤٧٢ - ٤٧٣ - ٤٧٤ - ٤٧٥ - ٤٧٦ - ٤٧٧ - ٤٧٨ - ٤٧٩ - ٤٨٠ - ٤٨١ - ٤٨٢ - ٤٨٣ - ٤٨٤ - ٤٨٥ - ٤٨٦ - ٤٨٧ - ٤٨٨ - ٤٨٩ - ٤٩٠ - ٤٩١ - ٤٩٢ - ٤٩٣ - ٤٩٤ - ٤٩٥ - ٤٩٦ - ٤٩٧ - ٤٩٨ - ٤٩٩ - ٥٠٠ - ٥٠١ - ٥٠٢ - ٥٠٣ - ٥٠٤ - ٥٠٥ - ٥٠٦ - ٥٠٧ - ٥٠٨ - ٥٠٩ - ٥١٠ - ٥١١ - ٥١٢ - ٥١٣ - ٥١٤ - ٥١٥ - ٥١٦ - ٥١٧ - ٥١٨ - ٥١٩ - ٥٢٠ - ٥٢١ - ٥٢٢ - ٥٢٣ - ٥٢٤ - ٥٢٥ - ٥٢٦ - ٥٢٧ - ٥٢٨ - ٥٢٩ - ٥٣٠ - ٥٣١ - ٥٣٢ - ٥٣٣ - ٥٣٤ - ٥٣٥ - ٥٣٦ - ٥٣٧ - ٥٣٨ - ٥٣٩ - ٥٤٠ - ٥٤١ - ٥٤٢ - ٥٤٣ - ٥٤٤ - ٥٤٥ - ٥٤٦ - ٥٤٧ - ٥٤٨ - ٥٤٩ - ٥٥٠ - ٥٥١ - ٥٥٢ - ٥٥٣ - ٥٥٤ - ٥٥٥ - ٥٥٦ - ٥٥٧ - ٥٥٨ - ٥٥٩ - ٥٦٠ - ٥٦١ - ٥٦٢ - ٥٦٣ - ٥٦٤ - ٥٦٥ - ٥٦٦ - ٥٦٧ - ٥٦٨ - ٥٦٩ - ٥٧٠ - ٥٧١ - ٥٧٢ - ٥٧٣ - ٥٧٤ - ٥٧٥ - ٥٧٦ - ٥٧٧ - ٥٧٨ - ٥٧٩ - ٥٨٠ - ٥٨١ - ٥٨٢ - ٥٨٣ - ٥٨٤ - ٥٨٥ - ٥٨٦ - ٥٨٧ - ٥٨٨ - ٥٨٩ - ٥٩٠ - ٥٩١ - ٥٩٢ - ٥٩٣ - ٥٩٤ - ٥٩٥ - ٥٩٦ - ٥٩٧ - ٥٩٨ - ٥٩٩ - ٦٠٠ - ٦٠١ - ٦٠٢ - ٦٠٣ - ٦٠٤ - ٦٠٥ - ٦٠٦ - ٦٠٧ - ٦٠٨ - ٦٠٩ - ٦١٠ - ٦١١ - ٦١٢ - ٦١٣ - ٦١٤ - ٦١٥ - ٦١٦ - ٦١٧ - ٦١٨ - ٦١٩ - ٦٢٠ - ٦٢١ - ٦٢٢ - ٦٢٣ - ٦٢٤ - ٦٢٥ - ٦٢٦ - ٦٢٧ - ٦٢٨ - ٦٢٩ - ٦٣٠ - ٦٣١ - ٦٣٢ - ٦٣٣ - ٦٣٤ - ٦٣٥ - ٦٣٦ - ٦٣٧ - ٦٣٨ - ٦٣٩ - ٦٤٠ - ٦٤١ - ٦٤٢ - ٦٤٣ - ٦٤٤ - ٦٤٥ - ٦٤٦ - ٦٤٧ - ٦٤٨ - ٦٤٩ - ٦٥٠ - ٦٥١ - ٦٥٢ - ٦٥٣ - ٦٥٤ - ٦٥٥ - ٦٥٦ - ٦٥٧ - ٦٥٨ - ٦٥٩ - ٦٦٠ - ٦٦١ - ٦٦٢ - ٦٦٣ - ٦٦٤ - ٦٦٥ - ٦٦٦ - ٦٦٧ - ٦٦٨ - ٦٦٩ - ٦٧٠ - ٦٧١ - ٦٧٢ - ٦٧٣ - ٦٧٤ - ٦٧٥ - ٦٧٦ - ٦٧٧ - ٦٧٨ - ٦٧٩ - ٦٨٠ - ٦٨١ - ٦٨٢ - ٦٨٣ - ٦٨٤ - ٦٨٥ - ٦٨٦ - ٦٨٧ - ٦٨٨ - ٦٨٩ - ٦٩٠ - ٦٩١ - ٦٩٢ - ٦٩٣ - ٦٩٤ - ٦٩٥ - ٦٩٦ - ٦٩٧ - ٦٩٨ - ٦٩٩ - ٧٠٠ - ٧٠١ - ٧٠٢ - ٧٠٣ - ٧٠٤ - ٧٠٥ - ٧٠٦ - ٧٠٧ - ٧٠٨ - ٧٠٩ - ٧١٠ - ٧١١ - ٧١٢ - ٧١٣ - ٧١٤ - ٧١٥ - ٧١٦ - ٧١٧ - ٧١٨ - ٧١٩ - ٧٢٠ - ٧٢١ - ٧٢٢ - ٧٢٣ - ٧٢٤ - ٧٢٥ - ٧٢٦ - ٧٢٧ - ٧٢٨ - ٧٢٩ - ٧٣٠ - ٧٣١ - ٧٣٢ - ٧٣٣ - ٧٣٤ - ٧٣٥ - ٧٣٦ - ٧٣٧ - ٧٣٨ - ٧٣٩ - ٧٤٠ - ٧٤١ - ٧٤٢ - ٧٤٣ - ٧٤٤ - ٧٤٥ - ٧٤٦ - ٧٤٧ - ٧٤٨ - ٧٤٩ - ٧٥٠ - ٧٥١ - ٧٥٢ - ٧٥٣ - ٧٥٤ - ٧٥٥ - ٧٥٦ - ٧٥٧ - ٧٥٨ - ٧٥٩ - ٧٦٠ - ٧٦١ - ٧٦٢ - ٧٦٣ - ٧٦٤ - ٧٦٥ - ٧٦٦ - ٧٦٧ - ٧٦٨ - ٧٦٩ - ٧٧٠ - ٧٧١ - ٧٧٢ - ٧٧٣ - ٧٧٤ - ٧٧٥ - ٧٧٦ - ٧٧٧ - ٧٧٨ - ٧٧٩ - ٧٨٠ - ٧٨١ - ٧٨٢ - ٧٨٣ - ٧٨٤ - ٧٨٥ - ٧٨٦ - ٧٨٧ - ٧٨٨ - ٧٨٩ - ٧٩٠ - ٧٩١ - ٧٩٢ - ٧٩٣ - ٧٩٤ - ٧٩٥ - ٧٩٦ - ٧٩٧ - ٧٩٨ - ٧٩٩ - ٨٠٠ - ٨٠١ - ٨٠٢ - ٨٠٣ - ٨٠٤ - ٨٠٥ - ٨٠٦ - ٨٠٧ - ٨٠٨ - ٨٠٩ - ٨١٠ - ٨١١ - ٨١٢ - ٨١٣ - ٨١٤ - ٨١٥ - ٨١٦ - ٨١٧ - ٨١٨ - ٨١٩ - ٨٢٠ - ٨٢١ - ٨٢٢ - ٨٢٣ - ٨٢٤ - ٨٢٥ - ٨٢٦ - ٨٢٧ - ٨٢٨ - ٨٢٩ - ٨٣٠ - ٨٣١ - ٨٣٢ - ٨٣٣ - ٨٣٤ - ٨٣٥ - ٨٣٦ - ٨٣٧ - ٨٣٨ - ٨٣٩ - ٨٤٠ - ٨٤١ - ٨٤٢ - ٨٤٣ - ٨٤٤ - ٨٤٥ - ٨٤٦ - ٨٤٧ - ٨٤٨ - ٨٤٩ - ٨٥٠ - ٨٥١ - ٨٥٢ - ٨٥٣ - ٨٥٤ - ٨٥٥ - ٨٥٦ - ٨٥٧ - ٨٥٨ - ٨٥٩ - ٨٦٠ - ٨٦١ - ٨٦٢ - ٨٦٣ - ٨٦٤ - ٨٦٥ - ٨٦٦ - ٨٦٧ - ٨٦٨ - ٨٦٩ - ٨٧٠ - ٨٧١ - ٨٧٢ - ٨٧٣ - ٨٧٤ - ٨٧٥ - ٨٧٦ - ٨٧٧ - ٨٧٨ - ٨٧٩ - ٨٨٠ - ٨٨١ - ٨٨٢ - ٨٨٣ - ٨٨٤ - ٨٨٥ - ٨٨٦ - ٨٨٧ - ٨٨٨ - ٨٨٩ - ٨٩٠ - ٨٩١ - ٨٩٢ - ٨٩٣ - ٨٩٤ - ٨٩٥ - ٨٩٦ - ٨٩٧ - ٨٩٨ - ٨٩٩ - ٩٠٠ - ٩٠١ - ٩٠٢ - ٩٠٣ - ٩٠٤ - ٩٠٥ - ٩٠٦ - ٩٠٧ - ٩٠٨ - ٩٠٩ - ٩١٠ - ٩١١ - ٩١٢ - ٩١٣ - ٩١٤ - ٩١٥ - ٩١٦ - ٩١٧ - ٩١٨ - ٩١٩ - ٩٢٠ - ٩٢١ - ٩٢٢ - ٩٢٣ - ٩٢٤ - ٩٢٥ - ٩٢٦ - ٩٢٧ - ٩٢٨ - ٩٢٩ - ٩٣٠ - ٩٣١ - ٩٣٢ - ٩٣٣ - ٩٣٤ - ٩٣٥ - ٩٣٦ - ٩٣٧ - ٩٣٨ - ٩٣٩ - ٩٤٠ - ٩٤١ - ٩٤٢ - ٩٤٣ - ٩٤٤ - ٩٤٥ - ٩٤٦ - ٩٤٧ - ٩٤٨ - ٩٤٩ - ٩٥٠ - ٩٥١ - ٩٥٢ - ٩٥٣ - ٩٥٤ - ٩٥٥ - ٩٥٦ - ٩٥٧ - ٩٥٨ - ٩٥٩ - ٩٦٠ - ٩٦١ - ٩٦٢ - ٩٦٣ - ٩٦٤ - ٩٦٥ - ٩٦٦ - ٩٦٧ - ٩٦٨ - ٩٦٩ - ٩٧٠ - ٩٧١ - ٩٧٢ - ٩٧٣ - ٩٧٤ - ٩٧٥ - ٩٧٦ - ٩٧٧ - ٩٧٨ - ٩٧٩ - ٩٨٠ - ٩٨١ - ٩٨٢ - ٩٨٣ - ٩٨٤ - ٩٨٥ - ٩٨٦ - ٩٨٧ - ٩٨٨ - ٩٨٩ - ٩٩٠ - ٩٩١ - ٩٩٢ - ٩٩٣ - ٩٩٤ - ٩٩٥ - ٩٩٦ - ٩٩٧ - ٩٩٨ - ٩٩٩ - ١٠٠٠ - ١٠٠١ - ١٠٠٢ - ١٠٠٣ - ١٠٠٤ - ١٠٠٥ - ١٠٠٦ - ١٠٠٧ - ١٠٠٨ - ١٠٠٩ - ١٠١٠ - ١٠١١ - ١٠١٢ - ١٠١٣ - ١٠١٤ - ١٠١٥ - ١٠١٦ - ١٠١٧ - ١٠١٨ - ١٠١٩ - ١٠٢٠ - ١٠٢١ - ١٠٢٢ - ١٠٢٣ - ١٠٢٤ - ١٠٢٥ - ١٠٢٦ - ١٠٢٧ - ١٠٢٨ - ١٠٢٩ - ١٠٣٠ - ١٠٣١ - ١٠٣٢ - ١٠٣٣ - ١٠٣٤ - ١٠٣٥ - ١٠٣٦ - ١٠٣٧ - ١٠٣٨ - ١٠٣٩ - ١٠٤٠ - ١٠٤١ - ١٠٤٢ - ١٠٤٣ - ١٠٤٤ - ١٠٤٥ - ١٠٤٦ - ١٠٤٧ - ١٠٤٨ - ١٠٤٩ - ١٠٥٠ - ١٠٥١ - ١٠٥٢ - ١٠٥٣ - ١٠٥٤ - ١٠٥٥ - ١٠٥٦ - ١٠٥٧ - ١٠٥٨ - ١٠٥٩ - ١٠٦٠ - ١٠٦١ - ١٠٦٢ - ١٠٦٣ - ١٠٦٤ - ١٠٦٥ - ١٠٦٦ - ١٠٦٧ - ١٠٦٨ - ١٠٦٩ - ١٠٧٠ - ١٠٧١ - ١٠٧٢ - ١٠٧٣ - ١٠٧٤ - ١٠٧٥ - ١٠٧٦ - ١٠٧٧ - ١٠٧٨ - ١٠٧٩ - ١٠٨٠ - ١٠٨١ - ١٠٨٢ - ١٠٨٣ - ١٠٨٤ - ١٠٨٥ - ١٠٨٦ - ١٠٨٧ - ١٠٨٨ - ١٠٨٩ - ١٠٩٠ - ١٠٩١ - ١٠٩٢ - ١٠٩٣ - ١٠٩٤ - ١٠٩٥ - ١٠٩٦ - ١٠٩٧ - ١٠٩٨ - ١٠٩٩ - ١١٠٠ - ١١٠١ - ١١٠٢ - ١١٠٣ - ١١٠٤ - ١١٠٥ - ١١٠٦ - ١١٠٧ - ١١٠٨ - ١١٠٩ - ١١١٠ - ١١١١ - ١١١٢ - ١١١٣ - ١١١٤ - ١١١٥ - ١١١٦ - ١١١٧ - ١١١٨ - ١١١٩ - ١١٢٠ - ١١٢١ - ١١٢٢ - ١١٢٣ - ١١٢٤ - ١١٢٥ - ١١٢٦ - ١١٢٧ - ١١٢٨ - ١١٢٩ - ١١٣٠ - ١١٣١ - ١١٣٢ - ١١٣٣ - ١١٣٤ - ١١٣٥ - ١١٣٦ - ١١٣٧ - ١١٣٨ - ١١٣٩ - ١١٤٠ - ١١٤١ - ١١٤٢ - ١١٤٣ - ١١٤٤ - ١١٤٥ - ١١٤٦ - ١١٤٧ - ١١٤٨ - ١١٤٩ - ١١٥٠ - ١١٥١ - ١١٥٢ - ١١٥٣ - ١١٥٤ - ١١٥٥ - ١١٥٦ - ١١٥٧ - ١١٥٨ - ١١٥٩ - ١١٦٠ - ١١٦١ - ١١٦٢ - ١١٦٣ - ١١٦٤ - ١١٦٥ - ١١٦٦ - ١١٦٧ - ١١٦٨ - ١١٦٩ - ١١٧٠ - ١١٧١ - ١١٧٢ - ١١٧٣ - ١١٧٤ - ١١٧٥ - ١١٧٦ - ١١٧٧ - ١١٧٨ - ١١٧٩ - ١١٨٠ - ١١٨١ - ١١٨٢ - ١١٨٣ - ١١٨٤ - ١١٨٥ - ١١٨٦ - ١١٨٧ - ١١٨٨ - ١١٨٩ - ١١٩٠ - ١١٩١ - ١١٩٢ - ١١٩٣ - ١١٩٤ - ١١٩٥ - ١١٩٦ - ١١٩٧ - ١١٩٨ - ١١٩٩ - ١٢٠٠ - ١٢٠١ - ١٢٠٢ - ١٢٠٣ - ١٢٠٤ - ١٢٠٥ - ١٢٠٦ - ١٢٠٧ - ١٢٠٨ - ١٢٠٩ - ١٢١٠ - ١٢١١ - ١٢١٢ - ١٢١٣ - ١٢١٤ - ١٢١٥ - ١٢١٦ - ١٢١٧ - ١٢١٨ - ١٢١٩ - ١٢٢٠ - ١٢٢١ - ١٢٢٢ - ١٢٢٣ - ١٢٢٤ - ١٢٢٥ - ١٢٢٦ - ١٢٢٧ - ١٢٢٨ - ١٢٢٩ - ١٢٣٠ - ١٢٣١ - ١٢٣٢ - ١٢٣٣ - ١٢٣٤ - ١٢٣٥ - ١٢٣٦ - ١٢٣٧ - ١٢٣٨ - ١٢٣٩ - ١٢٤٠ - ١٢٤١ - ١٢٤٢ - ١٢٤٣ - ١٢٤٤ - ١٢٤٥ - ١٢٤٦ - ١٢٤٧ - ١٢٤٨ - ١٢٤٩ - ١٢٥٠ - ١٢٥١ - ١٢٥٢ - ١٢٥٣ - ١٢٥٤ - ١٢٥٥ - ١٢٥٦ - ١٢٥٧ - ١٢٥٨ - ١٢٥٩ - ١٢٦٠ - ١٢٦١ - ١٢٦٢ - ١٢٦٣ - ١٢٦٤ - ١٢٦٥ - ١٢٦٦ - ١٢٦٧ - ١٢٦٨ - ١٢٦٩ - ١٢٧٠ - ١٢٧١ - ١٢٧٢ - ١٢٧٣ - ١٢٧٤ - ١٢٧٥ - ١٢٧٦ - ١٢٧٧ - ١٢٧٨ - ١٢٧٩ - ١٢٨٠ - ١٢٨١ - ١٢٨٢ - ١٢٨٣ - ١٢٨٤ - ١٢٨٥ - ١٢٨٦ - ١٢٨٧ - ١٢٨٨ - ١٢٨٩ - ١٢٩٠ - ١٢٩١ - ١٢٩٢ - ١٢٩٣ - ١٢٩٤ - ١٢٩٥ - ١٢٩٦ - ١٢٩٧ - ١٢٩٨ - ١٢٩٩ - ١٣٠٠ - ١٣٠١ - ١٣٠٢ - ١٣٠٣ - ١٣٠٤ - ١٣٠٥ - ١٣٠٦ - ١٣٠٧ - ١٣٠٨ - ١٣٠٩ - ١٣١٠ - ١٣١١ - ١٣١٢ - ١٣١٣ - ١٣١٤ - ١٣١٥ - ١٣١٦ - ١٣١٧ - ١٣١٨ - ١٣١٩ - ١٣٢٠ - ١٣٢١ - ١٣٢٢ - ١٣٢٣ - ١٣٢٤ - ١٣٢٥ - ١٣٢٦ - ١٣٢٧ - ١٣٢٨ - ١٣٢٩ - ١٣٣٠ - ١٣٣١ - ١٣٣٢ - ١٣٣٣ - ١٣٣٤ - ١٣٣٥ - ١٣٣٦ - ١٣٣٧ - ١٣٣٨ - ١٣٣٩ - ١٣٤٠ - ١٣٤١ - ١٣٤٢ - ١٣٤٣ - ١٣٤٤ - ١٣٤٥ - ١٣٤٦ - ١٣٤٧ - ١٣٤٨ - ١٣٤٩ - ١٣٥٠ - ١٣٥١ - ١٣٥٢ - ١٣٥٣ - ١٣٥٤ - ١٣٥٥ - ١٣٥٦ - ١٣٥٧ - ١٣٥٨ - ١٣٥٩ - ١٣٦٠ - ١٣٦١ - ١٣٦٢ - ١٣٦٣ - ١٣٦٤ - ١٣٦٥ - ١٣٦٦ - ١٣٦٧ - ١٣٦٨ - ١٣٦٩ - ١٣٧٠ - ١٣٧١ - ١٣٧٢ - ١٣٧٣ - ١٣٧٤ - ١٣٧٥ - ١٣٧٦ - ١٣٧٧ - ١٣٧٨ - ١٣٧٩ - ١٣٨٠ - ١٣٨١ - ١٣٨٢ - ١٣٨٣ - ١٣٨٤ - ١٣٨٥ - ١٣٨٦ - ١٣٨٧ - ١٣٨٨ - ١٣٨٩ - ١٣٩٠ - ١٣٩١ - ١٣٩٢ - ١٣٩٣ - ١٣٩٤ - ١٣٩٥ - ١٣٩٦ - ١٣٩٧ - ١٣٩٨ - ١٣٩٩ - ١٤٠٠ - ١٤٠١ - ١٤٠٢ - ١٤٠٣ - ١٤٠٤ - ١٤٠٥ - ١٤٠٦ - ١٤٠٧ - ١٤٠٨ - ١٤٠٩ - ١٤١٠ - ١٤١١ - ١٤١٢ - ١٤١٣ - ١٤١٤ - ١٤١٥ - ١٤١٦ - ١٤١٧ - ١٤١٨ - ١٤١٩ - ١٤٢٠ - ١٤٢١ - ١٤٢٢ - ١٤٢٣ - ١٤٢٤ - ١٤٢٥ - ١٤٢٦ - ١٤٢٧ - ١٤٢٨ - ١٤٢٩ - ١٤٣٠ - ١٤٣١ - ١٤٣٢ - ١٤٣٣ - ١٤٣٤ - ١٤٣٥ - ١٤٣٦ - ١٤٣٧ - ١٤٣٨ - ١٤٣٩ - ١٤٤٠ - ١٤٤١ - ١٤٤٢ - ١٤٤٣ - ١٤٤٤ - ١٤٤٥ - ١٤٤٦ - ١٤٤٧ - ١٤٤٨ - ١٤٤٩ - ١٤٥٠ - ١٤٥١ - ١٤٥٢ - ١٤٥٣ - ١٤٥٤ - ١٤٥٥ - ١٤٥٦ - ١٤٥٧ - ١٤٥٨ - ١٤٥٩ - ١٤٦٠ - ١٤٦١ - ١٤٦٢ - ١٤٦٣ - ١٤٦٤ - ١٤٦٥ - ١٤٦٦ - ١٤٦٧ - ١٤٦٨ - ١٤٦٩ - ١٤٧٠ - ١٤٧١ - ١٤٧٢ - ١٤٧٣ - ١٤٧٤ - ١٤٧٥ - ١٤٧٦ - ١٤٧٧ - ١٤٧٨ - ١٤٧٩ - ١٤٨٠ - ١٤٨١ - ١٤٨٢ - ١٤٨٣ - ١٤٨٤ - ١٤٨٥ - ١٤٨٦ - ١٤٨٧ - ١٤٨٨ - ١٤٨٩ - ١٤٩٠ - ١٤٩١ - ١٤٩٢ - ١٤٩٣ - ١٤٩٤ - ١٤٩٥ - ١٤٩٦ - ١٤٩٧ - ١٤٩٨ - ١٤٩٩ - ١٥٠٠ - ١٥٠١ - ١٥٠٢ - ١٥٠٣ - ١٥٠٤ - ١٥٠٥ - ١٥٠٦ - ١٥٠٧ - ١٥٠٨ - ١٥٠٩ - ١٥١٠ - ١٥١١ - ١٥١٢ - ١٥١٣ - ١٥١٤ - ١٥١٥ - ١٥١٦ - ١٥١٧ - ١٥١٨ - ١٥١٩ - ١٥٢٠ - ١٥٢١ - ١٥٢٢ - ١٥٢٣ - ١٥٢٤ - ١٥٢٥ - ١٥٢٦ - ١٥٢٧ - ١٥٢٨ - ١٥٢٩ - ١٥٣٠ - ١٥٣١ - ١٥٣٢ - ١٥٣٣ - ١٥٣٤ - ١٥٣٥ - ١٥٣٦ - ١٥٣٧ - ١٥٣٨ - ١٥٣٩ - ١٥٤٠ - ١٥٤١ - ١٥٤٢ - ١٥٤٣ - ١٥٤٤ - ١٥٤٥ - ١٥٤٦ - ١٥٤٧ - ١٥٤٨ - ١٥٤٩ - ١٥٥٠ - ١٥٥١ - ١٥٥٢ - ١٥٥٣ - ١٥٥٤ - ١٥٥٥ - ١٥٥٦ - ١٥٥٧ - ١٥٥٨ - ١٥٥٩ - ١٥٦٠ - ١٥٦١ - ١٥

يكون قابلاً للتقسام، لأن محل الالتزام وهو دفع مبلغ من النقود يقبل الانقسام بطبيعته (١). ففي المثل المتقدم، لو نجح الأجنبي في تعرضه واسترد الدار من تحت يد المشتري، رجع المشتري بضمان الاستحقاق على كل من البائعين بقدر نصيبه في الدار، ومن ثم ينقسم التعويض بينهما (٢).

٣٤٤ - (ج) الدائن في الالتزام لضمان التعرض الصادر

مع الغير: الدائن هنا هو أيضاً المشتري، كالدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع، فهو الذي يقع عليه التعرض في الحالتين. وينتقل هذا الحق إلى الخلف العام، فلو أن شخصاً اشترى داراً وتركها لوارث، وتعرض أجنبي للوارث في الدار، كان للوارث أن يرجع على البائع كما كان مورثه يستطيع أن يرجع.

وينتقل هذا الحق أيضاً إلى الخلف الخاص في العين المبيعة، فلو أن شخصاً باع داراً، وباع المشتري الدار لمشتري ثان، فإن البائع يكون مازماً بضمان التعرض الصادر من الغير لأن نحو المشتري الأول فحسب، بل أيضاً نحو المشتري الثاني وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المبيعة. فإذا استرد الغير الدار من يد المشتري الثاني بعد أن أثبت ملكيته لها، فإن المشتري الثاني يستطيع أن يرجع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول وهو البائع له، بموجب عقد

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٢٠ - وينقسم التعويض على البائعين المتعديين ما لم يوجد شرط بتضامنهم (استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٢١ م ١٢ ص ٢٢٠).

(٢) لوران ٢٤ فقرة ٢١٣ - جيوار ١ فقرة ٤١٠ - بودري وصينا فقرة ٣٦٧ - فقرة ٣٦٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ (وقارن ص ١٢٩ هاش رقم ١) - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٣.

ولكن لو مات البائع الملتزم بضمان الاستحقاق وترك ورقة متعددين، فإن التركة تكون مسئولة عن ضمان الاستحقاق، ولا ينقسم على الورثة (الأستاذ محمد حلي عيسى فقرة ١١١٤ - الأستاذان أحمد نجيب اللال وحامد زكي فقرة ٣٤٧ - وقارن الأستاذ أنور - لطان فقرة ١٢٧).

البيع الصادر له من هذا المشتري الأول (١) . ويستطيع كذلك أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع عن طريق الدعوى غير المباشرة (٢) باستعمال دعوى المشتري الأول على البائع ، ولكنه في هذه الدعوى غير المباشرة يتحمل مزاحمة دائي المشتري الأول (٣) . ويستطيع أخيراً أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع بدعوى مباشرة ، وهي نفس دعوى المشتري الأول على البائع وقد انتقلت إليه من المشتري الأول كما قدمنا (٤) . وهذه الدعوى المباشرة لها مرتبتان : (١) لا يتحمل فيها المشتري الثاني مزاحمة دائي المشتري الأول ، وهو يتحمل هذه المزاحمة في الدعوى غير المباشرة كما قدمنا . (٢) قد لا يكون للمشتري الثاني دعوى رجوع بضمان الاستحقاق على المشتري الأول ، كان

(١) رجع المشتري الثاني على المشتري الأول ، كان للمشتري الأول أن يرجع على البائع بما آداه هو للمشتري الثاني ، وقد زود على الضمان بمر كان يرجع به على البائع لو أن العين استحققت في يده ولم يبيعها لمشتري ثار . فلو أن البائع باع العين للمشتري الأول بألف ، وبياعها المشتري الأول للمشتري الثاني بألف ومائتين ، ثم استحققت العين في يد المشتري الثاني فرجع على المشتري الأول بألف وخمسة مائة قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، فإن المشتري الأول يرجع على البائع ، لا بالألف التي دفعها له ثماً ، ولا بالألف والمائتين وهو الثمن الذي تقاضاه من المشتري الثاني ، بل يرجع بألف وخمسة مائة وهو المبلغ الذي آداه للمشتري الثاني نتيجة لضمان الاستحقاق ر بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٠ ص ١٣٠) .

(٢) استئناف مغلط ٩ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٤ .

(٣) ويطالب بما يستحقه المشتري الأول في ذمة البائع ، لا بما يستحقه هو في ذمة المشتري الأول ، لأنه يستعمل دعوى المشتري الأول لا دعواه هو . وتتعادل الدعويان في أحد العناصر الرئيسية ، ففي كل منهما يكون الرجوع بقيمة المبيع وقت الاستحقاق مع تعويضات أخرى سيأتي بيانها ، وقيمة المبيع وقت الاستحقاق واحدة في كل من الدعويين .

(٤) استئناف وطني ٥ مارس سنة ١٩١٨ الشرائع ٥ رقم ٧٧ ص ٢٥٧ - استئناف مصر ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٥١ ص ١١١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٠ المحاماة ١١ رقم ١/٨٧ ص ١٤٦ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ١١٤ ص ٢١٨ - استئناف مغلط ٢٤ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٣٤ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٢٠ ص ١٨٧ - ٩ مارس ١٩٣٧ م ١٩ ص ١٢٦ .

وفي القانون الفرنسي يرجع المشتري على البائع في ضمان الاستحقاق بالثمن الذي دفعه ، لا بقيمة المبيع وقت الاستحقاق كما هو الأمر في القانون المصري . فإذا فرضنا ، في القانون الفرنسي ، أن الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٠٠٠ والثمن الذي دفعه المشتري الأول ١٤٠٠ ، واستحققت عين في يد المشتري الثاني ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٠٠٠ ، =

يكون المشتري الأول قد اشترط عدم الضمان (١) ، فلا يستطيع المشتري الثاني في هذه الحالة أن يرجع بدعوى ضمان على المشتري الأول بسبب شرط عدم الضمان ، بل هو لا يستطيع أن يرجع بالدعوى غير المباشرة على البائع باعتباره دائئاً للمشتري الأول يستعمل دعوى مدنية لأنه غير دائئ بالضمان للمشتري الأول كما قدمنا ، فلا يبنى أمامه إلا الدعوى المباشرة برغمها على البائع (٢) ، وهي نفس دعوى الضمان التي للمشتري الأول على البائع انتقلت من المشتري الأول إلى المشتري الثاني بالرغم من أن المشتري الأول قد اشترط على المشتري الثاني عدم الضمان في عقد البيع الذي تم بينهما .

ويستفيد دائئ المشتري من ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير على الوجه الآتي : إذا باع شخص عيناً غير مملوكة له ، ثم استحققت العين في يد المشتري ، فإن دائئ المشتري يستطيع أن يرفع باسم المشتري دعوى هذا الأخير على البائع بالضمان ، ويستوفي حقه من التعويض الذي يلزم به البائع للمشتري ، ولكن يزاحمه في هذه الحالة سائر دائئي المشتري ونمناً لتقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

== ومن ثم كان المشتري الأول يرجع على البائع بهذه الألف فقط ، في الدعوى المباشرة إذن يرجع المشتري الثاني على البائع بمبلغ ١٠٠٠ فقط . ولو كان الثمن الذي دفعه المشتري الثاني ١٢٠٠ ، والثمن الذي دفعه المشتري الأول ١٠٠٠ ، فإن المشتري الثاني كان يرجع على المشتري الأول بمبلغ ١٢٠٠ ، ويرجع بهذا المبلغ المشتري الأول على البائع على سبيل التعويض ، فيرجع المشتري الثاني مباشرة على البائع بمبلغ ١٢٠٠ . ويخلص من ذلك أن المشتري الثاني يرجع على البائع دائماً بالثمن الذي دفعه هو كمشتري الأول (بودري وسينيا فقرة ٢٧١) .

(١) أو يكون هناك واهب بدلا من المشتري الأول ، فيبيع شخص عيناً لآخر ويهبها الآخر لثالث . والواهب لا يضمن في الأصل استحقاق العين الموهوبة ، فإذا استحققت العين في يد الموهوب له لم يكن لهذا أن يرجع بضمان الاستحقاق على الواهب ، ولكنه يستطيع أن يرجع هذا الضمان على البائع الواهب ، وذلك لأن دعوى المشتري بضمان الاستحقاق على البائع تكون قد انتقلت إلى الموهوب له بموجب عقد الهبة (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٧٠ - بودري وسينيا فقرة ٣٥٩ ص ٣٦٤ - بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٥١٢ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٧) .

(١) استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ٩ يونيو سنة ١٩١٢ م

٢٤ م ص ٤٢٤ .

(م ٢ - متوسط ١)

١٤٥ - (د) البيع الذى ينشئ التصار - وكل بيع ينشئ ضمان

البائع للعرض الصادر من الغير ، كما أن كل بيع ينشئ ضمان البائع للعرض الصادر منه هو فيما قدمناه . وبستوى فى ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل (١) ، وبستوى فى ذلك أيضاً بيع المساومة وبيع المزاد . وإن كان بيعاً قضائياً أو إدارياً . وقد قدمنا بيان ذلك عند الكلام فى العرض الصادر من البائع (٢) ، وما قلناه هناك ينطبق هنا (٣) .

وبين من ذلك أن ضمان البائع للعرض الغير واجب فى بيع المزاد ، ولو كان البيع قضائياً أو إدارياً (٤) ، وذلك بخلاف ضمان العيوب الخفية (م ٤٥٤ مدنى) . فإذا باع الدائنون مال مدينهم فى المزاد ، نشأ عن هذا البيع التزام بضمان العرض الصادر من الغير ، وهذا الالتزام يتعلق بذمة البائع الذى يبيع المال عليه ، لا بذمة الدائنين الذين طلبوا بيع المال (٥) . فلو فرض أن الدائنين باعوا عيناً غير مملوكة لمدينهم باعتبار أنها مملوكة له ، ونزع المالك الحقيقى العين من المشتري الذى رما عليه المزاد ، فإن المشتري يرجع بضمان الاستحقاق على المدين لا على الدائنين (٦) . ولكن يغلب أن يكون المدين معسراً فى مثل هذه الظروف ، فيستطيع المشتري أن يرجع على الدائنين الذين استوفوا حقوقهم من الثمن الذى دفعه فى المزاد فى حالتين : (أولاً) إذا أثبت الدائنين كانوا

(١) الأستاذ أرمز سلطان فقرة ٢٢٢ - الأستاد محمد طه امام فقرة ٢

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٣٤ .

(٣) ويلتزم البائع نحو الشفع بضمان التمريض والاستحقاق كما كان يلتزم بذلك نحو المشتري قبل الأخذ بالشفعة ، وكذلك يجوز أن يرجع بضمان التمريض - نقار - رد الحصة الشائعة فى منقول إذا باعها أحد الشركاء لأجنبى تطبيقاً لأحكام المادة ٨٣٣ مدنى (أنظر آنفاً فقرة ٢٣٤ فى الهامش) .

(٤) أو كان البيع بيع تصفية (licitation) لإيهاء خبير ، فيلزم بضمان العرض والاستحقاق الملاك فى الشيوع الذين باعوا العين الشائعة فى المزاد (بودرى وسينيا فقرة ٣٥٥ مكررة ثانياً) .

(٥) استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٣٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٤ .

(٦) بودرى وسينيا فقرة ٣٥٥ .

يعلمون أن العين التي باعوها في المزاد غير ملائكة الدينهم (١) أو كان ينبغي أن يعلموا ذلك ، جاز له أن يرجع عليهم بالمسئولية التفصيلية الناشئة عن غشهم أو عن نقصهم (٢) . (ثانياً) وإذا لم يستطع المشتري أن يثبت ذلك ، فإنه يستطيع على كل حال أن يعتبر البيع الصادر له في المزاد بيعاً لماكث الغير ، فيطلب إبطاله واسترداد الثمن ، ومن ثم يجوز له الرجوع على الدائنين الذين استفادوا بهذا الثمن في استيفاء حقوقهم بدعوى الإثراء بلا سبب (٣) .

٢٥ - ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٤٦ - التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض: متى قام ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير بتوافر الشروط التي تقدم ذكرها ، فإن البائع ، وقد تحقق التزامه بضمان التعرض ، يجب عليه أن ينفذ هذا الالتزام تنفيذاً عينياً بأن يجعل الغير الذي تعرض للمشتري مدعياً بحق على المبيع يكتف عن تعرضه وينزل عن ادعائه بهذا الحق فإذا هجر عن التنفيذ العيني ، بأن فاز الغير بإثبات ما يدعيه وقضى له بالحق المدعى به ، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض ، فيعرض المشتري مما أصابه من الضرر باستحقاق

(١) لا سيما إذا كان المدين قد نهبهم إلى ذلك .

(٢) أوبري ورد ٥ فقرة ٣٥٥ ص ٦٩ - بودري وسينيا فقرة ٢٤٦ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ .

(٣) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٢٣ - فقرة ٢٢٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠٢ - الأستاذ محمد كامل عيسى فقرة ١٩٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الثاني فقرة ١٤٣ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٣٩ - ص ٢٤٠ - الأستاذ عبد المنعم البداروي فقرة ٢٠٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٦٣ - الأستاذان أحمد نجيب كمال وحامد زكي فقرة ٢٦٣ - ٢٦٥ - وقارن بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٣ ص ١١١ - وأنظر في جواز الرجوع بدعوى استرداد غير المستحق أوبري ورد ٥ فقرة ٣٥٤ ص ٧٠ - بودري وسينيا فقرة ٣٤٧ ص ٢٤٩ - ص ٢٦٠ - بلانبول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ١٥١١ - جوسران ٢ فقرة ١١١٤ - غريبل كولان وكايرنان ٤ إن جعل الدائنين هم المـتـوازيـن جـائـزة عن الثمن وإن كان يقرر أن التمتع بالـ غير ذلك (كولان وكايرنان ٢ فقرة ١١٩٢) .

المبيع في بده طبعاً اقراعد ابى قرر ها القانون ، وهذا هو ضمان الاستحقاق (١)
فتكلم إذا في مسائلتين . (١) التنفيذ العيني أو ضمان التعرض بطريق
التدخل . (ب) التنفيذ بطريق التعويض أو ضمان الاستحقاق

١ - التنفيذ العيني

(ضمان التعرض بطريق التدخل)

٣٤٧ - النصرة القانونية : تنص المادة ٤٤٠ من التقنين المدني

على ما يأتي

١ - إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطرها البائع ،
كان على الساع ، بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات ، أن تدخل
في الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحمل فيها محله .

٢ - فإذا تم الإخطار في الوقت الملائم ولم يتدخل البائع في الدعوى ،
وجب عليه الضمان . إلا إذا أثبت أن الحكم انصدار في الدعوى كان نسخة
تدليس من المشتري أو خطأ جسيم منه .

٣ - وإذا لم يخطر المشتري الساع بالدعوى في الوقت الملائم وصح
حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حسم في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن
تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق .

وتنص المادة ٤٤١ على ما يأتي :

« يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنب بحقه
أو تصالح معه على هذا الحق ، دون أن ينتظر في ذلك صدور حكم قضائي ،
مضى كان قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم وديماء أن يحمل محله فيها

(١) فليس البائع ، التزاماً بالتزامين ، التزام بضمان التعرض وآخر بضمان الاستحقاق .
بل من التزم واحد وهو ضمان التعرض ، فلما أن ينقذه عيماً أو ينفذه بطريق التعرض
(الاستحقاق) ينص على منصوص عن ١٥٨ هامش رقم ١) .

فلم يفسر . كل ذلك ما لم يثبت ببيع أن الأجنب لم يكن على حق في دعواه ، (١) .

ولا مقابل لهذه النصوص في التقنين المدني السابق ، ولكنها تطبيق للقواعد العامة ، فكان من الممكن العمل بهذه الأحكام في عهد التقنين المدني السابق دون حاجة إلى نص (٢) .

ونلاحظ في التفسيرات المدنية العربية الأخرى :

في التقنين المدني السوري المادتين ٤٠٨ - ٤٠٩ - وفي التقنين المدني الليبي لمادتين ٤٢٨ - ٤٢٩ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٥٠ - ٥٥١ و ٥٥٣ -

(١) تاريخ النصوص

م ٤٤٠ : وردت الفترتان الأولى والثانية من هذا النص في المادة ٨٥ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق ما استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا خلافاً لفظية . ووردت الفقرة الثالثة في المادة ٨٦ من المشروع التمهيدي على وجه مماثل أيضاً ، فيما عدا أن المشروع التمهيدي كان يحمل عبء الإثبات في البراءة الأخيرة من النص على المشتري لاهل البائع . وفي لجنة المراجعة أدرجت المادتان في مادة واحدة ، وأصبح رتبها ٤٥٣ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب . وفي لجنة مجلس الشيوخ - في الدورة الثالثة ، واستفيض فيها عن عبارة : « إلا إذا أثبت البائع ما كان يستطيع دفع دعوى الاستحقاق ولو تدخل في هذه الدعوى بعبارة » إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كما يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق » . وقد رأت اللجنة أن تنظر في الإثبات إلى البائع ، لأنه أصبح ، بعد صدور الحكم ، مدعياً ببراءة ذاته من البراءة بالنفيان . وأصبح رتب المادة ٤٤٠ . وافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ و ص ٨٦ - ص ٨٨) .

م ٤٤١ : ورد هذا النص في المادة ٨٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « يثبت حق الأجنب في الضمان متى أقرت أو عرفت وهو حسن النية للأجنبي بحقه أو تصالح معه على عدا الحق . إن أن يثبت في ذلك صدر حكم نهائي ، ما دام قد أخطر البائع بالدعوى في الوقت الملائم ودعاه أن يحمل محله بها فلم يفعل . وإذا رجع البائع على الأجنب ، كان عليه أن يثبت أن هذا الأجنب لم يكن على حق في دعواه » . وفي لجنة المراجعة عدل النص بحيث يجعل دفع الضمان بأن الأجنب لم يكن على حق في دعواه هو دفع في دعوى الضمان ذاتها ، وضد المشتري تماماً كالأجنبي نفسه . فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأصبح رقبه ٤٥٤ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٨ - ص ٩٠) .

(٢) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٤ .

وفي تقنين اللوجيات والعقود اللبناني المادتين ٤٢٩ و ٤٤١ (١) .
وتفرض هذه النصوص أن الغير قد تعرض للمشتري فعلاً ، وكان تعرضه

(١) التقنيات المدنية المربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٠٨ - ٤٠٩ (مطابقتان للمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التقنين المدني السوري - أنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٥٥ - فقرة ١٦٢) .
التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ - ٤٢٩ (مطابقتان للمادتين ٤٤٠ - ٤٤١ من التقنين المدني المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٠ : ١ - إذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارداً على ملك البائع ، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد . ٢ - أما إذا ورد الاستحقاق بأمر حادث في المبيع وهو في ملك المشتري ، كما لو أثبت المستحق أنها ملكه بتاريخ متأخر من الشراء ، فلا حق للمشتري في الرجوع بالضمان على البائع .
م ٥٥١ : ١ - لا يرجع المشتري بالضمان إذا لم يثبت الاستحقاق إلا بإقراره أو بنكوله .
٢ - ومع ذلك يرجع بالضمان حتى لو لم يثبت إلا بإقراره أو بنكوله ، إذا كان حسن النية وكان قد أعلن البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ودعاؤه للدخول معه في الدعوى فلم يفعل .
هذا ما لم يثبت البائع أن المستحق لم يكن على حق في دعواه بالاستحقاق .
م ٥٥٢ : إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق ، كان هذا حكماً على جميع الباعة ، ولكل أن يرجع على بائعه بالضم . لكن لا يرجع قبل أن يرجع المشتري منه .
(وهذه النصوص تأثرت بنصوص التقنين المدني المصري . ولكنها في مجموعها مأخوذة من لفقه الإسلام ، أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدين فقرة ٢٠٠ - فقرة ٢٠٣ - الأستاذ عباس حسن السراف فقرة ٤٥٧ - فقرة ٤٥٨) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٢٩ : إنه وإن لم يشترط وقت البيع شيء يختص بالضمان ، فالبايع ملزم بأن يضمن للمشتري ما يصيبه من استحقاق الغير للمبيع كله أو لقسم منه ، ومن الأعباء الملقى بها على المبيع التي يصرح بها البائع عند البيع
م ٤٤١ : إذا دعى المشتري إلى المحاكم بناء على طلب شخص ثالث يدعى حقوقاً على المبيع ، وجب عليه أن يدعو بائعه إلى المحكمة . فإن لم يفعل ، وصدر عليه حكم اكتسب قوة القضية المحكمة ، فقد حقه في الضمان ، إلا إذا أثبت أن البائع وإن تدخل في الدعوى لم يكن في طاقته استصدار حكم بردها .

(ويختلف التقنين اللبناني من المصري ، في الحالة الواردة في المادة ٤٤١ لبناني ، في أن عبء الإثبات في التقنين اللبناني يقع على المشتري ، ويقع على البائع في التقنين المصري . ولم يعمد التقنين اللبناني للحالات الأخرى التي تعرض لها التقنين المصري ، ولكن الأحكام التي أوردتها التقنين المصري في هذه الحالات الأخرى ليست إلا تطبيقاً لقواعد العامة ، فيمكن القول بأنها نمرى في لبنان دون حاجة إلى نص) .

في صيغة دسرة . . . مستحق برفعها عليه كما هو الثالث . ودعوى الزم مستحق
 هذه يجب أن تفهم بمعنى واسع ، فقد تكون دعوى استحقاق بدعي فيها الغير
 بأنه يملك البيع كله أو بعضه ، وقد تكون دعوى أخرى بدعي فيها الغير حقاً
 على المبيع كحق رهن أو حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق إيجار أو غير ذلك
 من الحقوق التي أشرنا إليها فيما تقدم . أو يمكن فيها حقاً للمبيع كحق ارتفاق .
 فعند ذلك يتحقق شرط البائع بضمان تعريض الغير (١) . وينشأ بتنفيذ التزامه
 تنفيذاً عينياً ، وذلك بأن يدخل في دعوى الاستحقاق إلى جانب المشتري أو
 ليحل محله في هذه الدعوى ، ويمنع ادعاء الغير بجميع الوسائل الدفعية التي
 يملكها حتى يستتسر حكماً برفض دعواه ، وعند ذلك يكون قد نفذ التزامه
 بضمان تعريض الغير تنفيذاً عينياً . فإن لم يتدخل ، أو تدخل ولم ينجح في استصدار
 حكم برفض الدعوى ، وجب عليه تنفيذ التزامه عن طريق التعرض على وجه
 معين كما سبق التعليل . وتعتبر المصروفات الخاصة بالادعاء بين طرفين : فإن
 يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق ، وإما ألا يتدخل . فإن لم يتدخل ،
 التميز أيضاً بين طرفين : وهو أن يكون المشتري قد دعاه للتدخل في الوقت
 الملائم ، وإما ألا يكون قد فعل . وهذا إذا كانت حالات : (١) حالة حسن

(١) وقد يتصور هذا الالتزام دون دعوى الاستحقاق ، إذا دعاه المشتري برفع الدعوى
 ورأى هذا أن حق الغير واضح فسلم له . ويجب أن التسليم به أن يصرر ببيع له حصة الغير
 المتعرض على الوجه الذي يليه فصار له . وقد تكون الدعوى مرفوعة عن المشتري عن الغير
 إذا كان هذا هو الحائز للمبيع ، بطلب المشتري من المبيع الغير المدعى محتجاً بحق بدعي على
 المبيع ، فعند ذلك يتدخل المشتري البائع ليتدخل في الدعوى (بلايول ورييول) قبل ١٠
 صرة ١٠٥ من ١١٤ - كورلان وكايس ٢ صرة ٤٠٥) .

أما إذا كان الغير قد رفع دعوى الاستحقاق على المبيع ، حده دون إحداث ضرر ، وصلى
 الحكم لصالحه . يمكن هذا الحكم حجة على المشتري . وليس لهذا كراهة . يرجع بضمان
 الاستحقاق على المانع . وقد قضت محكمة النقض بأن المانع إذا كانت كل حصة في امتار المبيع
 تنتقل بالمبيع إلى المشتري ، فلا وجه لاعتباره مثلاً لمشتري في أي نزاع مع الغير بشأن المزارع
 المبيع ، ولذلك فإن المانع يرجع بشأن المبيع يجب أن نرجعه إلى المشتري . وإذا هرجم البائع
 وحده ، فلا يكون الحكم الصادر منه حجة على المشتري وله كان عالماً بالخصومة ، لأن المانع
 لا يوجب على التدخل فيها (نقض على ٢٢ يناير سنة ١٩١١ محمد عرفة عمر ٣ رقم ٨٧
 ص ٢٩٤) .

البائع في دعوى الاستحقاق . (٢) حالة عدم تدخله في دعوى الاستحقاق مع دعوى المشتري إياه أن يتدخل . (٣) حالة عدم تدخله والمشتري لم يدعه للتدخل .

٣٤٨ - تدخل البائع في دعوى الاستحقاق : إذا رفع الغير على

المشتري دعوى استحقاق على النحر الذي أسلفنا بيانه ، وجب على المشتري إخطار البائع في الوقت الملائم ودعوته ليتدخل في الدعوى ، حتى ينفذ التزامه بالضمان تنفيذاً^{٢٠} بأن يجعل الغير يكف عن ادعائه أو بأن يحصل على حكم قضائي برفض دعواه . وليس للإخطار شكل خاص ، فيصح شفويًا ولكن عبء الإثبات يقع على المشتري (١) . والواجب على المشتري هو إخطار البائع بدعوى الاستحقاق المرفوعة ضده ، وليس يجب عليه إدخاله في الدعوى .

ولكن لا يوجد ما يمنع من أن المشتري يدخل البائع ضامناً في الدعوى ولا يكتفى بمجرد إخطاره ، بل إن هذا هو الأفضل ، ففيه قصد في الوقت والإجراءات ، وبه يكتفى المشتري نفسه مؤونة دفع دعوى الغير وقد لا يعرف عنها شيئاً ، ثم هو يأمن بعد ذلك عاقبة أن يتهمة البائع فيما بعد أنه دلس في الدفاع أو أنه ارتكب خطأ جسيماً فيه . وقد رسم تقنين المرافعات الإجراءات اللازمة لإدخال ضامن في الدعوى ، فنصت المادة ١٤٣ من هذا التقنين على أن « للخصم أن يدخل في الدعوى من كان يصح اختصاصه فيها عند رفعها ، ويتبع في اختصاص الغير الأوضاع المعتادة في التكليف بالحضور » . ونصت المادة ١٤٦ من نفس التقنين على أنه « يجب على المحكمة في المواد المدنية إجابة الخصم إلى تأجيل الدعوى لإدخال ضامن فيها » ، إذا كان الخصم قد كلف ضامنه الحضور خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى أو قيام السبب الموجب للضمان ، أو إذا كانت الثمانية الأيام المذكورة لم تنقض قبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى . وفيما عدا هذه الحالة يكون التأجيل لإدخال الضامن جوازياً للمحكمة ، وبرايعي في تقدير الأجل المواعيد اللازمة لتكليف الضامن الحضور وفق الأوضاع العادية . فإذا كلف

١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ١٤٤٠ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٤٦ -
الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٤ .

المشتري البائع ، في خلال ثمانية أيام من تاريخ رفع الدعوى عليه من الغير ، بالحضور ولم يتمكن أن يحدد له إلا جلسة متأخرة عن الجلسة المحدد لنظر دعوى الاستحقاق المرفوعة من الغير ، أو كان تاريخ الجلسة المحددة لنظر دعوى الاستحقاق سابقاً على انقضاء هذه الثمانية الأيام ، وكانت الدعوى مدنية لأن الدعوى التجارية قد لا تحمل التأخير ، وجب على المحكمة أن تجيب المشتري إلى تأجيل نظر دعوى الاستحقاق إلى الجلسة المحددة لحضور البائع ضامناً . فإذا لم يكن المشتري قد تمكن من تكليف البائع بالحضور لعدم انقضاء الثمانية الأيام قبل تاريخ جلسة دعوى الاستحقاق ، راعت المحكمة في تقدير المدة التي تزجل فيها دعوى الاستحقاق المواعيد اللازمة لتكليف البائع بالحضور وفق الأوضاع العادية ، وتحسب في ذلك مواعيد المسافة . أما إذا كان المشتري هو الذي رفع الدعوى على الغير يطالبه فيها برد المبيع ، أو رفع الدعوى على جاره يطالبه فيها بتقريره حق ارتفاق للمغار المبيع داخلاً في البيع (١) ، فإن ميعاد الثمانية الأيام يسرى من وقت قيام السبب الموجب للضمان ، أى من وقت أن ينكر المدعى عليه دعوى المشتري . وفي غير ذلك من الأحوال يكون التأجيل لإدخال البائع ضامناً في الدعوى جوازياً للمحكمة . على أنه إذا كان تحقيق دعوى الاستحقاق المرفوعة عن الغير على المشتري ، أو تحقيق دعوى المشتري المرفوعة على الغير ، يستلزم زمناً غير قصير كما هو الغالب ، لم يعد هناك داع بدفع المشتري إلى طلب التأجيل ، وكان له أن يدخل البائع ضامناً في أية جلسة من الجلسات التي تزجل لها الدعوى الأصلية بتحديد تاريخ هذه الجلسة لحضور البائع (٢) .

فإذا لم يدخل البائع المشتري ضامناً في الدعوى واكتفى بإخطاره بها في الوقت الملائم ، وجب على البائع أن يتدخل ، ويكون التدخل بصحيفة تعلن الخصوم قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ، ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة (م ١٥٤ مرافعات) .

(١) بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٥ ص ١١٤ — الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية ص ١٧٦ هامش رقم ١ .
(٢) الأستاذ عبد المنعم الشرقاوى في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ٢٥٩ ص ٢٩٣ .

وحتى إذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم ، وعلم بها البائع من طريق آخر ، فانه يجدر به أن يتدخل في الدعوى من تلقاء نفسه حتى يتولى دفعها ، إذ هو أقدر من المشتري على ذلك . وقد أجاز له تقنين المرافعات سلوك هذا الطريق إذ نصت المادة ١٥٣ من هذا التقنين على أنه « يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم . . . » . ويجوز كذلك أن يكون الغير المتعرض للمشتري هو الذي يدخل البائع ضامناً في الدعوى ، ويتبع في ذلك الإجراءات التي سبق ذكرها في إدخال المشتري البائع ضامناً في الدعوى (١) .

وبلاحظ أنه إذا كانت دعوى الاستحقاق الأصلية مرفوعة أمام محكمة ابتدائية ، كانت هذه المحكمة مختصة بدعوى الضمان مهما كانت قيمتها . أما إذا كانت الدعوى الأصلية مرفوعة أمام محكمة جزئية ، فإن هذه المحكمة لا تختص بطلب الضمان إذا كانت قيمته تجاوز نصاب اختصاصها ، فتقتصر على الفصل في الدعوى الأصلية وحدها . ولكن إذا ترتب على ذلك ضرر بسير العدالة ، وجب على المحكمة الجزئية أن تقضى من تلقاء نفسها بإحالة الدعوى الأصلية وطلب الضمان إلى المحكمة الابتدائية المختصة بطلب الضمان ، وحكم الإحالة يكون غير قابل للاستئناف (م ٥٠ مرافعات) (٢) .

(١) كذلك أجازت المادة ١٤٤ مرافعات للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال « من قد يضار من قيام الدعوى أو من الحكم فيها » ، إذا بدت للمحكمة دلائل جدية على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب الخصوم . وتعين المحكمة ميعاداً لحضور من تأمر بإدخاله ، ومن يقوم من الخصوم بإعلانه « . ويؤخذ من هذا النص أنه إذا لم يدخل المشتري أو الغير البائع ضامناً في الدعوى ولم يتدخل البائع في الدعوى من تلقاء نفسه ، وبدت للمحكمة دلائل جدية على التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب المشتري والغير المتعرض ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال البائع ضامناً ، وتعين أي الخصمين يقوم بإعلانه . فإذا لم يعلن هذا الخصم البائع في الميعاد الذي حدده ، قسنت عليه المحكمة بالغرامة أو بوقف الدعوى أو باعتبارها كأن لم تكن : م ١٠٩ وم ١١٤ مرافعات (الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧٨) .

(٢) ونرى من ذلك أن قواعد الاختصاص المحلي بالنسبة إلى دعوى الضمان الفرعية غير واجبة عامة ، فقد تكون محكمة دعوى الاستحقاق الأصلية التي تنظر دعوى الضمان الفرعية هي غير محكمة نزع (الأستاذ أحمد أبو الوفا في المرافعات المدنية والتجارية فقرة ١٧١ من ١٧٥) . ومع ذلك يجوز للبائع أن يتمسك بعدم اختصاص هذه المحكمة إذا أثبت أن الدعوى الأصلية لم تقم إلا بقصد =

فاذا تدخل البائع ضامناً في دعوى الاستحقاق أو أدخل فيها من جهة المشتري أو الغير المتعرض على النحو الذي بسطناه ، جاز للمشتري أن يبرر في الدعوى فينضم إليه البائع ، كما يجوز له أن يخرج من فحل البائع محله فيها (م ٤٤٠ مدني وم ١٤٨ مرافعات) . وفي الحالتين يتولى البائع دفع ادعاء المتعرض ، حتى يحمله على الكف عن تعرضه والنزول عن ادعائه ، أو يحصل على حكم قضائي برفض هذا الادعاء (١) . وبذلك يكون قد نفذ التزامه بضمان التعرض الصادر من الغير تنفيذاً عينياً ، كما سبق القول .

أما إذا فشل البائع في ذلك ، فإن التزامه بضمان تعرض الغير يتحول إلى تعريض إذ يصبح ضامناً لاستحقاق المبيع ، وتنقضي المحكمة باستحقاق الغير للمبيع وتنقضي في الوقت ذاته بتعريض على البائع للمشتري بقدر وفقاً لفقراعد التي سبقت ذكرها في ضمان الاستحقاق . ويقضي في طلب الضمان والدعوى الأصلية بحكم واحد كلما أمكن ذلك ، وإلا فصلت المحكمة في طلب الضمان بعد الحكم في الدعوى الأصلية (م ١٤٧ مرافعات) . وإذا أمرت المحكمة بضم طلب الضمان إلى الدعوى الأصلية ، كان الحكم الصادر على البائع حجة للغير المتعرض ولو لم يكن هذا قد وجه طلبات إلى البائع (م ١٤٨ مرافعات) . وإذا خرج المشتري من الدعوى على النحو الذي أسلفناه ، وحكم لمصلحة الغير المتعرض ، لم يتحمل المشتري مصروفات الدعوى ويتحملها البائع وحده .

= جلبه أمام محكمة غير مختصة (م ٦٧ مرافعات) ، كما إذا تعدد الغير المتعرض أن يرفع دعواه على المشتري في محكته حتى يجلب البائع إلى هذه المحكمة ويكأن الأيسر له أن يرفع الدعوى مباشرة على البائع في محكته مع إدخال المشتري خصماً في الدعوى

(٢) ومتى نفذ التزامه على هذا النحو ، فإنه لا يكون مسؤولاً نحو المشتري عن مصروفات دعوى الضمان التي رفعها هذا عليه بإدخاله في الدعوى ، وتعتبر هذه المصروفات قد تسببت عن تعرض ما أدى من قبل الغير ، ما لم يكن هناك سبب جدي اقتضى رفع دعوى الاستحقاق على المشتري ، كأن كان البائع مهتداً بهذه الدعوى قبل البيع لوجود نزاع جدي في المبيع ، فيرجع المشتري على البائع في هذه الحالة بمصروفات دعوى الضمان (بلانيول وريبير ومامل ١٠ فقرة ١٠٨ ص ١١٨ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٥٢٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٧ - الأستاذ عبد السلام البدرأوى فقرة ٣٠٨ - الأستاذان أحمد نجيب اللال وحامد زكي ص ٣٤٩ هامش ١)

أما مصروفات دعوى الاستحقاق ، فيحكم بها على مدعي الاستحقاق بعد أن يقرر دعواه .

ولكن خروج المشتري من الدعوى الأصلية لا يمنع من أن يكون الحكم الصادر فيها لمصلحة الغير المتعرض حجة عليه ، كما أنه بطل خصماً في دعوى الضمان فيبقي له بالتعرض على البائع (١) .

٩٤٣- عزم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من انقطاع

المشتري إليه : وقد فرضنا فيما قدمناه أن المدعي قد دخل أو أدخل خصماً في دعوى الاستحقاق الأصلية . ووجهه قد لا يتدخل ، ولا يدخله أحد الخصوم ولا تدخله المحكمة ، فيبقى خارجاً عن الخصومة في دعوى الاستحقاق الأصلية ، ويكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم ودعاه إلى التدخل فلم يفعل . فهنا نحلو الحال من أمور ثلاثة : (١) إما أن يتولى المشتري وحده دفع دعوى المتعرض ، فينجح في دفعها ويبقي برفض طلبات المتعرض . (٢) وإما أن يقر المشتري للمتعرض بالحق الذي يـ إليه أو يتصالح معه على هذا الحق . (٣) وإما ألا يقر ولا يتصالح ، ولكنه يفشل في دفع دعوى المتعرض ، فيبقي للمتعرض بطلبه ويستحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً .

فإذا نجح المشتري وحده في دفع دعوى المتعرض وحصل على حكم نهائي برفض طلباته ، فقد انتهى التعرض ، وانتهى معه التزام البائع بضمانه . ولا يبقى إلا أن يرجع المشتري على البائع بما عسى أن يكون قد نجش من نفقات وأضرار في دفع دعوى المتعرض ولم يحكم له بها على المتعرض نفسه .

وإذا أقر المشتري للمتعرض بما يدعيه أو تصالح معه عليه ، فأدى له مالا يكف عن تعرضه ، فمضى أنه يجوز للبائع ، بآدى ذي بدء ، أن يتخلص من التزامه بالضمان بأن يرد للمشتري المبلغ أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات (م ٤٤٢ مدني) . فإذا لم يختار البائع هذا الطريق ، وأصر على أن المتعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، وجب افتراض أن المشتري قد أقر بحسن نية للمتعرض بحقه أو تصالح معه وهو حسن النية ، فانه قد دعا البائع إلى التدخل

في دعوى الاستحقاق في الوقت الملائم فلم يفعل (١) ، فأتخذ من هذا الامتناع قرينة على أن المتعرض محق في تعرضه . و هذه الحالة يرجع المشتري على البائع بالتعويضات الواجبة له بموجب ضمان الاستحقاق على النحو الذي صيغته . ولكن البائع يستطيع أن يدفع رجوع المشتري عليه بهذه التعويضات بأن يثبت بأدلة حاسمة (٢) أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه وأن المشتري قد تسرع في الإقرار أو المصالحة (م ٤٤١ ملئ) . ويستطيع البائع أيضاً أن يثبت أن المشتري لم يكن حسن النية في إقراره أو مصالحته ، وعند ذلك لا يقتصر على دفع رجوعه عليه بالتعويضات ، بل يرجع هو عليه بالتعويض إذا كان هناك مقتضى (٣) .

وإذا لم يقر المشتري للمتعرض بما يدعيه ولم يتصالح معه ، ولكنه فشل في دفع دعواه وقضى للمتعرض بما ادعاه بموجب حكم نهائي ، فقد بذل المشتري

- (١) والنص صريح في هذه الحالة الخاصة إذ أصبحت عبارة ردع أو يحل محل فيها ، فالمشتري إذا رأى وجوب الإقرار ، لا يصح أن يكتب مجرد إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، بل يجب دعوته إلى التدخل فيها (الأستاذ منصور مصطن منصور ص ١٦٧ هامش -) .
 (٢) فلا يكتفى أن يثبت أن المشتري لم يحسن البيع ، أو أنه أغفل الدفع بل يجب صحة الدعوى ، أو أنه لم يطهر المبيع من الرهن (أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ١٢١٥ و فقرة ١٢١٧) . وليس المقصود من إثبات أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه أن يثبت أنه كانت هناك دفع لم يقدمها المشتري وكانت تكن لرفض دعوى الاستحقاق (أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ١٢١٨) ، حتى لو كانت هذه الدفء خاصة بالمشتري كاستكمال مدة التقادم (أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vente فقرة ١٢٢٥) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا ملك المشتري المبيع بالتقادم ، لم يعد هناك محل للرجوع على البائع بضمان الاستحقاق (استئناف مختلط ٣ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٠ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٩٠ - ٤ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٢ ص ٤٣٣) ، وقضت أيضاً بالآلا محل للضمان إذا قصر المشتري في التمسك بتملك المبيع بالتقادم القصير (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٣٢٢) ، أنظر ما يلي فقرة ٢٩٧ في الهامش . ومع ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم آخر بأنه لا يجوز للبائع أن ينسحب على المشتري أنه لم يعمل بتملك المبيع بالتقادم (٢١ دسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٢١) . فقد تأني به المشتري أن يتمسك بالتقادم بعد تمامه .

(٣) قارن الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣١٠ ص ٤٧٤ - الأستاذ منصور مصطن

كل ما في وسعه : أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ، ولم يسلم بحق للمعرض .
 ١. دفع دعواه بما يملك من وسائل . فيكون من حقه بعد كل ذلك ، وقد استحق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بحكم نهائي ، أن يرجع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق . ولا يكفي في دفع رجوع المشتري على البائع بهذه التعويضات أن يثبت البائع أن المعرض لم يكن على حق فيما ادعاه ، كما كان ذلك يكفي في حالة بقاء المشتري بحق المعرض أو تصالحه معه . فقد أمكن في هذه الحالة الأخيرة أن ينسب إلى المشتري تقصير هو تسرعه في الإقرار أو التصالح ولو كان ذلك بحسن نية ، أما هنا فالمشتري لم يرتكب حتى هذا التقصير اليسير ، بل ظل إلى النهاية يدفع دعوى المعرض ، فإذا كان لم ينجح فليس من الممكن أن ينسب إليه أي تقصير في ذلك . ولا يستطيع البائع أن يدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات إلا إذا أثبت أن الحكم النهائي الصادر في دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من المشتري أو الخطأ جسيم منه (١) ، فلا يكفي إذن إثبات خطأ غير جسيم في جانب المشتري (م ٤٤٠ / مدني) (٢) .

(١) وتقول لائحة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « والفرق بين الحالتين ظاهر ، ففي حالة ما ذكره الحكم دون إقرار أو صلح ، يصبح من المقبول ألا يؤخذ على المشتري إلا التدليس أو الخطأ الجسيم ، لأنه يكون قد قام بواجبه فأخطر البائع في الميعاد الملزم ، ويكون غير مسئول عن استمرار الحكم بالاستحقاق فهو لم يقر بحق الأجنبي ولم يعتمد على الصلح معه . أما في الحالة الأولى فإن المشتري قد تحمل مسئولية الإقرار أو الصلح ، فلو ظهر أنه لم يكن على حق فيما فعل . بأن أثبت البائع أن الأجنبي ليس على حق في دعواه ، كان طبيعياً أن يرد حقه في البائع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٩ — ص ٩٠)

(٢) وإذا لم يثبت البائع في الدعوى بالرغم من إخطاره ، ولم يدخله أحد من الخصوم ، كان الحكم باستحقاق المبيع حجة عليه بالنسبة إلى المشتري ، فيرجع هذا عليه بالضمان إلا إذا أثبت البائع تدليس المشتري أو خطأ الجسيم . ولكن الحكم باستحقاق المبيع لا يكون حجة على البائع بالنسبة إلى المستحق ، فإن هذا لم يدخل البائع في الدعوى ليصدر الحكم في مواجهته . ومن ثم إذا عجز البائع عن إثبات تدليس المشتري أو خطأ الجسيم فدفع له التعويضات التي يقررها القانون ، جاز للبائع أن يرجع على المستحق ليشبث أنه غير بحق في دعواه باستحقاق المبيع ، فيسترده منه ، ولا يجوز للمستحق أن يحتج بالحكم الصادر لمصلحته ضد المشتري . وتشير لائحة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « وإذا أدخل البائع بالتزامه ولم يتدخل في الدعوى ، فالمشتري أن يدخله فيها ، ولكنه ليس في حاجة إلى ذلك الكتمان بالإخطار الذي سبقت الإشارة إليه . وإذا هو لم يرتكب تدليساً أو خطأ جسيماً =

٣٥٠ - عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق من غير انذار

المشترى دياه : بنيت الحالة الأخيرة ، وهي ألا يتدخل البائع في دعوى الاستحقاق دون أن يكون المشتري قد أخطره في الوقت الملائم (١) . ففي هذه الحالة إذا نجح المشتري في رد دعوى المتعرض ، انتهى التعرض وانتهى معه التزام البائع بضمانه كما في الحالة السابقة (٢) . أما إذا أقر المشتري بحق المتعرض أو نصالح معه أو قضى للمتعرض بطلباته بموجب حكم نهائي ، وأراد المشتري الرجوع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق وجبت مراعاة أن المشتري قد قصر في عدم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم ، ولو فعل فقد يجوز أن يكون البائع قادراً على التدخل وعلى رفع دعوى المتعرض . من أجل ذلك لا يطلب من البائع لدفع رجوع المشتري عليه بالتعويضات ، أن يثبت تدليس المشتري أو خطأه الجسيم كما في الحالة السابقة ، بل يكفي أن يثبت أن تدخله في الدعوى ، لو ممكنه المشتري من ذلك في الوقت الملائم ، كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق (م ٣/٤٤٠ مدني) (٣) .

= في الدعوى المرفوعة عليه من الأجنبي ، وثبت استحقاق هذا ، فإن الحكم الذي يصدر بالاستحقاق يكون حجة على البائع لمصلحة المشتري في دعوى ضمان الاستحقاق . والبائع هو الذي يكلف بإثبات أن الحكم بالاستحقاق كان نتيجة لتدليس المشتري أو خطأ جسيم منه . وغنى عن البيان أن الحكم بالاستحقاق لا يكون حجة على البائع المستحق ، ما دام هذا لم يدخل البائع في دعوى الاستحقاق « مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٨٥ - ص ٨٦ » .

(١) ولا رى أنه يكفي في هذه الحالة أن يثبت المشتري أن البائع يعلم فعلاً بالتعرض ، ما دام لم يقم هو بإخطاره به في الوقت الملائم ، فقد يظن البائع أن المشتري مطمئن إلى مركزه ولا يحتاج إلى تدخل البائع ولذلك لم يخطره (قارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥١ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٤٧) .

(٢) وقد لا ينجح في دفع التعرض ويحكم باستحقاق المبيع ، ومع ذلك يستخلص من وقائع الدعوى أن المشتري أراد بعدم إخطاره البائع بتعرض المستحق أن ينزل عن حقه في الرجوع بالضمان . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا نفت المحكمة في حكمها دعوى نفياً تاماً موضوعياً مفيداً أن المشترين تنازلوا فعلاً عن دعوى الضمان قبل البائع ثم ، لذلك تقدير موضوعي في شأن من الشؤون التي تملكها محكمة الموضوع بلا رقابة من محكمة النقض ما دام هذا التقدير منزعاً من وقائع ثابتة والمقل يقبله (نقض مدني ٢٠ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٩ ص ٨٨١) .

(٣) مصر استئناف ١٤ مايو سنة ١٨٩٥ القضاء ٢ ص ٣١٦ - استئناف وطني ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ المحرق ٤٢ ص ١٣٢ - وكان المشروع التمهيدى يجعل عبء الإثبات على المشتري =

(ب) التنفيذ بطريق التعويض

ضمان الاستحقاق

٣١٥ - متى يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق : يخلص مما قدمناه أن المشتري يرجع على البائع بضمان الاستحقاق في إحدى الأحوال الآتية : (١) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فتدخل البائع في الدعوى ولم يفلح في دفع دعوى المتعرض . (٢) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى ، وحكم للمتعرض ، ولم يستطع البائع إثبات تدليس المشتري أو خطأه الجسيم . (٣) إذا أخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، فلم يتدخل البائع في الدعوى : وأقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه ، ولم يستطع البائع إثبات أن المتعرض لم يكن على في دعواه . (٤) إذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق ، وحكم تعرض ، ولم ثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفضها . (٥) إذا سلم المشتري للمتعرض محض دون دعوى يرفعها المتعرض ، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه .

فإذا وجب للمشتري على البائع ضمان الاستحقاق في حالة من الأحوال المقدمة الذكر ، لم تخل الحال من أحد فروض ثلاثة : (١) فاما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً كلياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً كاملاً طبقاً للقواعد التي سنبينها . (ب) وإما أن يكون الاستحقاق استحقاقاً جزئياً ، فيجب على البائع أن يدفع للمشتري تعويضاً بقدر الضرر الذي أصابه على الوجه

== لا على البائع ، فيثبت المشتري «أن البائع ما كان ليستطيع دفع دعوى الاستحقاق حتى لو تدخل في هذه الدعوى (م ٨٦ مشروع تمهيدى) . فعدل النص في لجنة مجلس الشيوخ ، ونقل عب. الإثبات إلى البائع لأنه أصبح بمد صدور الحكم مدعياً ببراءة ذمته من الالتزام بالضمان » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ : ص ٨٤ وص ٨٨ - وانظر آنفاً فقرة ٣٤٧ في الهامش - وانظر عكس ذلك وأن القواعد العامة كانت تقضى بجعل عب. الإثبات على المشتري (الأستاذ . شرح عب. الباقي ص ٢٣٢ هامش ١) .

الذى من ذكره . (ج) وإما أن يكون المشتري قد دفع للمعرض شيئاً في مقابل حقه صلحاً أو إقراراً بهذا الحق ، فيجب على البائع ، إذا أراد أن يتخلص من ضمان الاستحقاق ، أن يرد للمشتري ما أداه له تعرض .
ونستعرض كلا من هذه الفروض الثلاثة .

٣٥٢ - الإصحاق الكلى - النص من القانونية : تنص المادة ٤٤٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

- « إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري أن يطلب من البائع » .
- ١ - قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت .
- ٢ - قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها من استحق المبيع .
- ٣ - المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المنحور ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سبب التبعة » .
- ٤ - جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، عندما كان المشتري يستطيع أن يتفيه منها ، لو أحضر الدائن والدعوى طبقاً لمادة ٤٤٠ » .
- ٥ - وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من حسارة أو فساد من كسب بسبب استحقاق المبيع »
- « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري منبأ عن المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله (١) » .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٩ من المشروع التمهيدى على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التفسير المدنى الجديد فيما عدا أمرين : (١) في المشروع التمهيدى كان البند ٢ يذكر المصروفات الضرورية إلى جانب المصروفات النافعة . (٢) شمل المشروع التمهيدى على العبارة الأخيرة من النص وهي : « كل هذا » ثم يكرر رجوع المشتري منبأ عن المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » . وفي لجنة المراجعة حذفت كلمة « الضرورية » لأنه لا يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق ، وأضيفت العبارة الأخيرة التي سبق ذكرها حتى يبين أن النص مقصور على تطبيق قواعد التنفيذ بطريق التعويض ولا يحل هذا بحق المشتري في أصل أو الإبطال . وأصبح النص رقم ٤٤٦ في المشروع النهائى ووافق عليه مجلس النواب . = (م ٤٣ - التوجيه ١٤٥)

والمفروض في النص المتقدم أن المبيع استحق استحقاقاً كلياً ، أى أن المبيع

= فجلس للشرح تحت رقم ٤١٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٤ - ص ٩٥
ر ص ٩٧ - ٩٨) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق النصوص الآتية :

م ٣٧٨/٣٠٤ : إذا كان الضمان واجباً ، ونزعت الملكية من المشتري ، فلي البائع رد
الثمن مع التضيئات .

م ٣٧٩/٣٠٥ : التضيئات المذكورة عبارة عن رسوم العقد وما يتبعه من المصاريف
وما صرفه المشتري على المبيع والرسوم المنصرفة منه في دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان وجميع
المصارف الحاصلة له والأرباح المقبولة قانوناً التي حرم منها بسبب نزع الملكية .

م ٣٨٠/٣٠٦ : إذا نزع ملكية المبيع من المشتري ، وجب رد الثمن إليه بتمامه
ولو نقصت قيمة المبيع بعد البيع بأى سبب كان .

م ٣٨١/٣٠٧ : أما إذا زادت بعد البيع قيمة المبيع عن ثمنه ، فتحتسب تلك الزيادة من
ضمن التضيئات .

م ٣٨٢/٣٠٨ : المصاريف الواجب على البائع دفعها في حالة عدم ملزومية مدعى الاستحقاق
بها هي المصاريف المترتب عليها فائدة للمبيع .

م ٣٩٣/٣٠٩ : يلزم البائع المدلس بدفع كامل المصاريف ولو كانت منصرفه من المشتري
في زرين المبيع وزخرفته .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فيما يتعلق بنصوص التقنين السابق :
« يخلط التقنين الحال (السابق) كما يخلط كثير من التفسيرات الأجنبية ، في هذه المسألة
بين الآثار التي تترتب على فسخ البيع وتلك التي تترتب على التنفيذ بطريق التمويض ، من ذلك
أن المادتين ٣٧٨/٣٠٤ و ٣٨٠/٣٠٦ من التقنين الحال (السابق) ترتبان أثر الفسخ ، وأن
المادتين ٣٧٩/٣٠٥ و ٣٨١/٣٠٧ ترتبان أثر التنفيذ ، وكان الأول عدم الخلط بين هذه الآثار
وتلك على أن يختار المشتري لنفسه الطريق الأصلح » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧) .
وهذا ما فعله التقنين المدني الجديد ، فقد ميز بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ ودعوى
الإبطال ، واختص ضمان الاستحقاق بقواعد خاصة به لتقدير التمويض المستحق . والميزة
في تطبيق نصوص التقنين الجديد بتاريخ الواقعة التي اعتبرت تعرضاً للمشتري ، فمن هذا التاريخ
ينشأ الالتزام بضمان الاستحقاق ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت
نصوص التقنين السابق ، وإلا فإن نصوص التقنين الجديد هي التي تسرى .

ويقابل النص في التفسيرات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري المادة ٤١١

(وهي مطابقة للمادة ٣٤٤ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
ق ١٦٥ - فقرة ١٦٨) .

التقنين المدني الليبي المادة ٤٣٢ (وهي مطابقة لمادة ٤١٣ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٤ . - إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع لا يعلم =

كان مملوكاً لغير البائع فانتزعه المالك الحقيقي من يد المشتري ، ويرجع المشتري لأن على البائع بضمان الاستحقاق . وظاهر أن المشتري يملك - غير دعوى ضمان الاستحقاق - دعويين أخريين ، هما دعوى الإبطال باعتبار أن البيع صادر من غير مالك فهو بيع ملك الغير ، ودعوى الفسخ على أساس أن المشتري

= وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري استرداد الثمن بتأدية قيمة المبيع أو زادت . وله أن يترد أيضاً قيمة الثمن التي ألزم بردها للمستحق والمصروفات النافعة التي سرفها وجميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ، هذا ما كان يستطيع المشتري أن يتفيه منها لو أخطر البائع بالدعوى . ٢ - أما إذا كان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع ، فللمشتري أن يترد فوق ذلك ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكالية التي أنفقها على المبيع ، وأن يطلب تعويضاً عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع .

(والظاهر أن التقنين العراقي يحاط بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ثم هو يميز بين البائع حسن النية والبائع سيئ النية الذي يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع فيحمل التعويض على الثاني أوسع مدى منه عن الأول . والتقنين المصري يميز تمييزاً واضحاً بين دعوى الفسخ وضمان الاستحقاق ، ولا يعرض للتمييز بين حسن نية البائع وسوء نيته إلا فيما يتعلق بالمصروفات الكالية - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الزنون فترة ٢٠٦ - فترة ٢٠٩ وفترة ٢٢٦ - فترة ٢٤٠ - والأستاذ حسن الصراف فترة ٤٦٣) .

تقنين المبيعات والعقود البنائي م ٤٣٣ : إذا كان الدعوى بالضمان على وجه مجرد أو لم يشترط شيء يختص بالضمان ، فالمشتري الذي نزع منه المبيع كله بحكم الاستحقاق يحق له أن يطالب البائع : أولاً - برد الثمن . ثانياً - بقيمة الثمن إذا أجبر المشتري على رددها إلى المالك المستحق . ثالثاً - بالمصاريف التي صرفها المشتري في دعوى الضمان وبمصاريف المسعى الأصلي . رابعاً - ببطل العطل والضرر مع النظر بعين الاعتبار إلى قيمة تحمين الملك عند الاحتضاء وبمصاريف العقد ورسومه القانونية - على أنه لا يحق للمشتري أن يطالبه ببطل العطل والضرر إذا كان مالكاً وقت البيع بخطر الاستحقاق .

م ٤٣٤ : إذا وجد المبيع وقت الاستحقاق مصاباً بنقص في قيمته أو بعيب كبير لإعمال ارتكبه المشتري أو لم يحدث نشأ عن قوة قاهرة ، فالبايع يبقى ملزماً برد الثمن . أما إذا كان المشتري قد جنى نفعاً من التعيب الذي أحدثه في المبيع ، فللبائع أن يحسم من الثمن مبلغاً بمقابل قيمة ذلك النفع .

م ٤٣٥ : على البائع أن يرد بنفسه إلى المشتري أو يحمل المستحق على أن يرد إليه جميع نفقات الترمم والتحسينات المفيدة التي أحدثها المشتري في المبيع .

م ٤٣٦ : يجب على بائع ملك الغير إذا كان سيئ النية أن يدفع إلى المشتري جميع ما سرفه على المبيع للكاليات والمستحقات .

(وظاهر أن التقنين البنائي ، على غرار التقنين الفرنسي ، لا يميز تمييزاً واضحاً بين ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الفسخ ودعوى الإبطال من جهة أخرى) .

يجوز البيع ثم بطلب فسخه لعدم تنفيذ البائع لالتزامه بنقل الملكية . وهاتان الدعويان - الإبطال والفسخ - لا شأن لنا بهما هنا ، فالأولى قد تقدم ذكرها في بيع ملك الغير ، والأخرى هي دعوى الفسخ المقررة في العقود الملزمة لجانبين . وقد أشارت العبارة الأخيرة من النص المتقدم إشارة صريحة إلى هذا المعنى إذ تقول : « كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنياً على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله » .

والذي يعنينا هنا هو التعويض الواجب في دعوى ضمان الاستحقاق . وقد وضع فيه التقنين المدني قواعد خاصة به جعلته يتميز عن التعويض في كل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . وظاهر أن هناك فرقاً فنياً واضحاً بين دعوى ضمان الاستحقاق من جهة ودعوى الإبطال ودعوى الفسخ من جهة أخرى ، هو الذي انبنى عليه هذا التمييز . فكل من دعوى الإبطال ودعوى الفسخ تفترض أن عقد البيع قد زال ، إما بالإبطال أو بالفسخ ، وأن التعويض الذي يعطيه البائع للمشتري ليس مبنياً على العقد بعد أن زال . أما دعوى ضمان الاستحقاق فتفترض أن عقد البيع باق لم يزل ، إذ التعويض فيها سببه هو عقد البيع ذاته ، وليس التعويض في ضمان الاستحقاق إلا تنفيذاً بطريق التعويض لعقد البيع بعد أن تعذر تنفيذه تنفيذاً عينياً ، وهذا قاطع في أن عقد البيع باق لم يزل مادام التعويض ليس إلا تنفيذاً له . ومن ثم كان التعويض في ضمان الاستحقاق مقدراً على أساس تعويض المشتري عن فقدته للمبيع فيأخذ قيمته وقت الاستحقاق ، لا على أساس زوال البيع فيسترد المشتري الثمن (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « أثر المشروع في بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق أن يلتزم الحل الذي تمليه القواعد العامة . ف ضمان الاستحقاق التزام في ذمة البائع قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبته على أساس هذا العقد . ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور قيامه إلا من قيام عقد البيع ، والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع . ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ المعيني للالتزام فلم يبق أمام المشتري =

ويعدد النص المتقدم الذكر عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق الكلي ، على أساس تعويض المشتري عن فقد المبيع . وحتى تمثل هذه العناصر تمثلاً واقعياً ، نفرض أن البيع دار عندما تسلمها المشتري أجرت بها ترميمات ضرورية ، ثم أقام طبقة جديدة فوق طبقات الدار وأنشأ مصعداً ، ودهن حيطان الدار لزخرفتها ، وقبض ريع الدار من وقت أن تسلمها . وبعد ذلك رفع شخص على المشتري دعوى استحقاق ، فأدخل المشتري البائع ضامناً في الدعوى ، وحكم باستحقاق الدار وتعويض للمشتري على البائع . فهذا التعويض الذي يأخذه المشتري من البائع بسبب ضمان الاستحقاق يتكون من عنصرين جوهرين هما قيمة المبيع والتعويضات الأخرى ، ولكن المشرع فصل هذه التعويضات ، فصار التعويض عن ضمان الاستحقاق يتكون من العناصر الآتية :

أولاً - قيمة المبيع والفوائد القانونية : فيدفع البائع للمشتري قيمة الدار في الوقت الذي رفعت فيه دعوى الاستحقاق ، لأن الحكم بالاستحقاق يستند إلى يوم رفع الدعوى (١) . ويلاحظ في تقدير قيمة الدار ألا يدخل في هذه القيمة المصروفات الضرورية والنافعة والكمالية - أي الترميمات والطبقة الجديدة والمصعد والدهان - فهذه لما حساب آخر سيأتي بعد . وإنما يدفع البائع للمشتري قيمة الدار وقت الاستحقاق بدلاً من رد الثمن ، لأن المشتري يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية لا على أساس فسخ العقد أو إبطاله كما سبق القول ، فالبيع إذن باق وهو مصدر التعويض (٢) . ولا تأثير لمقدار الثمن على قيمة المبيع

= إلا أن يطالب بتعويض الإلزام عن طريق التعويض . والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ من المشرع ، وهي تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير مدى التعويض ، (مجموعه الأعمال التحضيرية : ص ٩٥ - وأنظر أيضاً ص ٩٧) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨ مكررة - وإذا كان المبيع حق الانتفاع في الدار ، ردت قيمة حق الانتفاع وقت رفع دعوى الاستحقاق ، وهذه القيمة قد نقصت بدفعة عن القيمة وقت البيع (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٤ مكررة) . وقد ترتفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع ارتفاعاً باعظاً يرجع إلى ظروف غير متوقعة ، كفتح شارع أو استحداث تحسينات في المواصلات ونحو ذلك ، فهما كان مقدار الارتفاع يرجع به المشتري على البائع لأنه قد خسرهما فعلا المبيع باستحقاق (قارب بودرى وسينيا فقرة ٣٧٨) .

(٢) أما إذا كان يطالب على أساس فسخ العقد أو إبطاله ، فإنه يسترد الثمن لا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إذ يزول العقد بفسخ الثمن غير المنعني ، يسترد المشتري بدو المبيع وأدائه =

وقت الاستحقاق ، فلو أن المشتري دفع ثمناً للدار الفأ وكانت قيمتها وقت الاستحقاق تقل عن الألف أو تزيد ، فإن الذي يأخذه المشتري من البائع هو الدار وقت الاستحقاق قلت عن الثمن أو زادت (١) . وبأخذ المشتري قيمة

= غير المستحق . وقد خلط التقنين المدني العراقي (م ٥٥٤) وتقنين الموجبات والمعقود البناني (م ٤٣٣) بين ضمان الاستحقاق ودعوى الفسخ أو دعوى الإبطال ، فأوجباً على البائع في ضمان الاستحقاق رد الثمن . وهذا ما فعله أيضاً التقنين المدني الفرنسي (١٦٣٠ و م ١٦٣١ فرنسي - وانظر كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٠٨ - جوسران ٢ فقرة ١١١١) .

ويبدو أنه مادام المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع وقت الاستحقاق لا الثمن ، فإنه لا يسترد مصروفات البيع فهذه ملحقة بالثمن ودو والثن معاً تقابلهما قيمة المبيع (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢١٢ - الأستاذ عبد الفتاح الباقى فقرة ٢٤٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٤٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٢٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥ - ص ١٧٦) . وفي عهد التقنين المدني السابق ، حيث كان المشتري يسترد الثمن ، كان يسترد أيضاً مصروفات البيع (استئناف ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٥) . وفي فرنسا رأيان : رأى يذهب إلى أن المشتري لا يسترد مصروفات البيع إلا إذا كان حسن النية ، وهذا معناه أن مصروفات البيع تدخل ضمن التعويضات فلا تلحق بالثن (أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٤ هامش رقم ٣١ ثالثاً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٥١) . ورأى يذهب إلى أن المشتري يسترد المصروفات ولو كان سيئ النية ، وهذا معناه أنها تلحق بالثن ولذلك يسترد المشتري سيئ النية إذ هو يسترد الثمن وملحقاته دون أن يأخذ تعويضاً (بودرى وسبينا فقرة ٤٣٧ ص ٥٦٩ - بيدان ١١ فقرة ٢١٥) .

ويترتب على أن المشتري في القانون المصري يسترد قيمة المبيع لا الثمن أنه لو كان الثمن إيراداً مرتباً متى الحياة ، فإن المشتري يبقى ملزماً بدفع الإيراد للبائع بعد أن يسترد منه قيمة المبيع ، ولا يكون للبائع حق امتياز على قيمة المبيع لأن حلول هذه القيمة محل المبيع حلولاً عينياً لم يرد فيه نص . أما في القانون الفرنسي ، حيث يسترد المشتري الثمن لا قيمة المبيع ، فإنه يسترد ما دفعه من أقساط الإيراد ، فينقطع الإيراد (أوبرى ورو ٤ فقرة ٣٥٤ هامش ٢٨ مكرر ثالثاً - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٢ ص ١٢١) .

(١) وقيمة المبيع وقت الاستحقاق قد تنهبط عن قيمته وقت البيع إما بفعل المشتري ويكون ذلك عادة باستعمال المبيع أو هدم جزء منه ، وإما بانخفاض سعر المبيع في السوق . وكذلك قد تزيد بفعل المشتري أو بارتفاع سعر المبيع في السوق أو بأعمال عامة كفتح شارع أو تحسين طرق المواصلات (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٠) .

ويلاحظ أنه إذا نقصت قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن الثمن ، جاز للمشتري ، بدلا من الرجوع بضمان الاستحقاق ، أن يطلب فسخ البيع أو إبطاله فيسترد الثمن (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٣٠٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٦ ص ٢٤٢ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٥٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٣) .

المبيع وقت الاستحقاق دون تمييز بين ما إذا كان حسن النية أو سيئ النية أى بين ما إذا كان لا يعلم وقت البيع الاستحقاق أو يعلم ، ودون تمييز بين ما إذا كان البائع نفسه حسن النية أو سيئ النية فسواء كان يعلم سبب الاستحقاق وقت البيع أو لا يعلم ذلك فهو ملزم بدفع قيمة المبيع وقت الاستحقاق للمشتري (١) . ولما كان المشتري ملزماً ، كما نرى ، برد ريع الدار للمستحق من يوم رفع دعوى الاستحقاق على الأقل ، فإنه يأخذ من البائع تعويضاً عن هذا الربيع الفوائد بالسعر القانوني (٤ / في المسائل المدنية و ٥ / في المسائل التجارية) لقيمة لدار وقت الاستحقاق ، فهذه الفوائد بالنسبة إلى هذه القيمة تقابل الربيع بالنسبة إلى الدار (٢) . ويأخذ المشتري الفوائد القانونية المتقدمة الذكر ، ولو كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق ، أو كان البائع وقت البيع لا يعلم بهذا السبب .

ثانياً - الثمار : وإذا فرض أن المشتري كان يعلم بسبب الاستحقاق قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فإنه يكون ملزماً برد الربيع الذى قبضه من الدار من اليوم الذى علم فيه بسبب الاستحقاق (م ١٨٥ / ٢ مدنى) . وعند ذلك يرجع على البائع بما رده للمستحق من ريع الدار إلى يوم رفع دعوى الاستحقاق ، ويقول البند الثانى من المادة ٤٤٣ مدنى إن المشتري يطلب من البائع « قيمة الثمار التى ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع » . ونقول المذكرة بإيضاحية للمشروع التمهيدى : « والمفروض فى ذلك أن المشتري قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن يرد الثمار المستحقة من وقت علمه بذلك ، ويرجع بها إلى البائع استيفاء لحقه فى التعويض . أما ثمار المبيع من وقت ريع

(١) استئناف مغلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢٢ ص ٢٢٧ .

(٢) ويستحق المشتري الفوائد القانونية حتى لو كان المبيع ثماراً ، كما لو كان أرضاً نصاء مدة لبناء ، وتكون فى هذه الحالة على سبيل استكمال التعويض فقد كان المشتري يستطيع أن يستغل قيمة المبيع لو أخذ من البائع فوراً بمجرد الاستحقاق (أنظر عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٥٦ ص ٢٤٣) . ويستحق المشتري الفوائد القانونية دون حاجة لمطالبة القضاة بها ، ويمكن فى مرياتها رفع دعوى ضمان الاستحقاق الأصلية أو إدخال البائع فى دعوى الاستحقاق بصفة فرعية (الأستاذ بيل الشرقاوى ص ٢٤٤ - الأستاذ عبد السلام الدراوى فقرة ٢١٠ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٤) .

الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه فيما تقدم (١) .

ثالثاً - المصروفات : أما المصروفات التي أنفقها المشتري على الترميمات ضرورية التي أجراها في الدار ، فهذه يأخذها من المستحق ، سواء كان المشتري لا يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق أو كان يعلم أى سواء كان حسن النية أو سيئها ، وهذا تطبيقاً للفقرة الأولى من المادة ٩٨٠ مدنى إذ تقول : « على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدي إلى الحائز جميع ما أنفقته من المصروفات الضرورية » . ومن ثم لا يرجع المشتري على البائع بشيء من هذه المصروفات الضرورية ، فقد استردها كلها من المستحق (٢) . وأما المصروفات التي أنفقها في إقامة الطبقة الجديدة فوق طبقات الدار الأصلية ، فهذه مصروفات نانة أوردت الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدنى والمادتان ٩٢٤ و ٩٢٥ مدنى حكمها . فإذا كان المشتري يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، كان للمستحق أن يطلب منه إزالة هذه الطبقة مع التعويض إن كان له وجه ، أو يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد في قيمة الدار بسبب هذه الطبقة الجديدة (م ٩٢٤ مدنى) . وإذا كان المشتري لا يعلم وقت أن أقام الطبقة الجديدة بسبب الاستحقاق ، غير المستحق بين دفع نفقات البناء أو دفع ما زاد في قيمة الدار (م ٩٢٥ مدنى) . وفي الحالتين يتحمل المشتري ، بعد أن يسترد من المستحق المبلغ الذى يسمح به القانون على النحر

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٦ - استئناف مخطوط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ص ٢٤٥ - وإذ سبب الاستحقاق رهناً ونزع الدائن المرتهن ملكية المبيع ، فإن الشارع تلحق بالمقار من وقت تسجيل التنبية (م ١٠٣٧ مدنى) فيحرم منها المشتري ، ويرجع بها على البائع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١١٦) .

(٢) وقد كان المشروع التمهيدى يذكر استرداد المشتري من البائع المصروفات الضرورية التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ، فصحح هذا الخطأ في لجنة المراجعة بحذف هذا الحكم ، لأن المصروفات الضرورية « لا يتصور أن المشتري لا يستطيع أن يلزم بها المستحق » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٤ و ص ٩٧) - هذا والمشتري يحق امتياز على المبيع يكفل له رجوعه بالمصروفات الضرورية على المستحق (م ١١٤٠ و م ١١٤٨ مدنى - الأستاذ محمد على أمام فقرة ٢١٠) .

المتقدم الذكر ، خسارة هي الفرق بين قيمة الطبقة الجديدة وقت الاستحقاق والمبلغ الذي استرده من المستحق ويكون عادة أقل من قيمة الطبقة الجديدة . فهذه الخسارة يرجع بها المشتري على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ، ويستوى في هذا الرجوع أن يكون المشتري غير عالم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو عاكفاً بذلك (١) . وأما المصعد الذي أنشأه المشتري في الدار ، فيغلب أن تكون المصروفات التي أنفقت فيه ، مصروفات نافعة ، ويكون حكمها هو الحكم الذي قدمناه في المصروفات التي أنفقت على إقامة الطبقة الجديدة . وقد تكون مصروفات المصعد مصروفات كمالية ، بها إذا كان المؤلف في مثل الدار المبيعة حتى بعد بناء الطبقة الجديدة ألا يكون فيها مصعد وليست الدار في أية حاجة إليه ، ومنزى حالاً حكم المصروفات الكمالية . وأما المصروفات التي أنفقها المشتري على دهان حيطان الدار وزخرفتها ، فالغالب أن تكون مصروفات كمالية (٢) ، وحكمها وارد في الفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدني ونفسى بأنه إذا كانت المصروفات كمالية فليس للمأزر أن يطالب بشيء منها ، ومع ذلك يجوز له أن يزرع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقها بمقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة . وظاهر أن دهان الحيطان لا يتصور فيه أن يطلب المشتري إزالته ، فهو سبتره للمستحق دون أن يأخذ منه أي تعويض ، فهل يرجع هذه المصروفات الكمالية على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق ؟ يجيب البند ٣ من المادة ٤٤٣ مدني ، كما رأينا ، بأن المشتري يسترد من " " هذه المصروفات الكمالية إذا كان البائع سبياً النية ، أي إذا كان البائع رمت البيع يعلم بسبب الاستحقاق . وتعلل المذكرة الإيضاحية

(١) وقد كان القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق يفتي بذلك (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٩٥ - ١٦ مارس سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٦٢) . بل أنه لا يسترد المشتري من البائع هذا الفرق إلا إذا كان قد أنفق المصروفات قبل رفع دعوى الاستحقاق ، إما إذا أنفقها بعد رفع هذه الدعوى فليس له أن يرجع بفرق على البائع (استئناف مختلط ٢٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٨٠ - ٩ يونيو ١٩١٣ م ١٤ ص ٤١٧) .
(٢) وقد تكون في أموال المبيعة مصروفات نافعة ، وقد علمنا حكم هذه المصروفات .

للمشروع التمهيدى هذا الحكم بما يأتى : أما المصروفات الكمالية فلا يرجع بها المشتري على المستحق ، وكذلك لا يرجع بها على البائع إذا كان حسن النية ، لأن المدين فى المسئولية التعاقدية لا يسأل عن الضرر غير متوقع الحصول ، ويمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمراً غير متوقع . فإذا كان البائع سبب النية ، أى كان يعلم بحق الأجنبى ، فيسأل فى هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، وحين إذن للمشتري أن يرجع بالمصروفات الكمالية (١) .

رابعاً - مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان : يضاف إلى عناصر التعويض الذى يرجع به المشتري على البائع فى ضمان الاستحقاق ما عسى أن يكون قد ألزم به من مصروفات دعوى الاستحقاق التى رفعها المستحق عليه ، فقد يكون المشتري قد بنى خصماً فى هذه الدعوى ولما حكم للمستحق بالاستحقاق ألزم هو بمصروفات الدعوى نحو المستحق . فيرجع بما ألزم به من هذه المصروفات على البائع كعنصر من عناصر التعويض . ثم إن المشتري قد أدخل البائع ضامناً فى الدعوى ، أو لعله رفع عليه دعوى ضمان أصلية بعد الحكم بالاستحقاق ، فى الحالتين يكون قد تكبد مصروفات هى مصروفات إدخال البائع ضامناً أو مصروفات دعوى الضمان الأصلية . فهذه المصروفات أيضاً يلزم بها البائع نحو المشتري ، ويستثنى من ذلك المصروفات التى كان المشتري يستدعي أن يتقيا لو أنه أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فى الوقت الملائم (٢) ، فقد يبطئ المشتري فى إخطار البائع بدعوى الاستحقاق ، وقد لا يخطره أصلاً ، ويتسبب عن ذلك أن تطول الإجراءات فى غير مقتضى فزيد المصروفات . فما زاد منها على هذا النحو لا يرجع المشتري به على البائع لأنه هو الذى تسبب فيه بخطأه (٣) . وعلى البائع يقع عبء إثبات أن المشتري كان يستطيع انتقاء المصروفات على النحو المتقدم (٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٦ .

(٢) كما لو تكلفت مصروفات الحصول على صورة مستند كان موجوداً عند البائع وكان يستطيع أخذه منه لو أخطره (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٥) .

(٣) أنظر البند ٤ من المادة ٤٤٣ مدنى . وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : ص ٩٦ .

(٤) بیدان ١١ فقرة ٢١٤ .

خامساً - مالحق المشتري من الخسارة وما فاته من الكسب : ويذكر البند الخامس من المادة ٤٤٣ مدني ، كما رأينا ، أن البائع يلتزم بوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . وتقول المذكرة الإيضاحية أن : ليس في ذلك إلا تذكير بالقواعد العامة (١) . فالقواعد العامة تقضي بأن التعويض في المسؤولية التقديرية يشمل كل مالحق الدائن من خسارة متوقعة أو فاته من كسب متوقع . وقد يكون هذا وثلث عنصرين جديدين في التعويض فوق العناصر التي قدمناها . مثل ذلك ، فيما لحق المشتري من خسارة ، أن يكون وقت أن اشترى الدار قد اضطر لمعاينتها فانتقل إليها من بعيد برفقة البائع وتجنشم في ذلك مصروفات السفر . فهذه خسارة نحماها المشتري فيرجع بها على البائع كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق (٢) . ومثل ذلك ، فيما فات المشتري من كسب ، أن يكون الثمن الذي اشترى به المشتري الدار قد أعدده لاستغلاله في ناحية تدر عليه ربحاً معيناً ثم تحول عن هذه الناحية إلى شراء الدار والبائع يعلم ذلك . فاستحقاق الدار قد فوت على المشتري هذا الربح المعين الذي كان يجنيه لو أنه استغل ثمن الدار في الناحية التي فكر فيها من قبل ، فيرجع على البائع بهذا الربح كعنصر من عناصر التعويض في ضمان الاستحقاق (٣) .

هذه هي العناصر المختلفة في التعويض المستحق بسبب ضمان الاستحقاق ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٧ .

(٢) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فترة ١١٤ وص ١٢٠ هامش ٣ .

(٣) رر عهد التقنين المدني السابق ، حيث كان البائع يرد الثمن للمشتري ، كان يجوز للقاضي أن يحسب ، على سبيل التعويض عما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب ، فوائد على الثمن بسعر معين يدفعها البائع عند رد الثمن ، وليس من الضروري أن يكون هذا السعر هو السعر القانوني . وقد قسست محكمة النقض بأن لقاضي الموضوع - عندما يجب على البائع رد الثمن مع التضمينات بسبب استحقاق المبيع - أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن . أو أن يحسب عليه الثمن بالفوائد التي يعرض بها على المشتري ما خسر ، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانوناً بسبب ربح الملكية . وليس على القاضي إذا أجرى الفوائد التعويضية على المشتري أن يتبع أحكام مواعيد التأخير المشار إليها في المادة ١٢٤ مدني (السابق) (نقض مدني ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٥ ص ١٤٤) .

، قد ذكرها القانون بالنص عنصراً عنصراً، فأبرز بذلك دعوى ضمان الاستحقاق، بمقوماتها الذاتية، وفارق بينها وبين دعوى الفسخ ودعوى الإبطال كما سبق القول. وأهم فرق في التعويض المستحق بموجب ضمان الاستحقاق وبين التعويض المستحق بدعوى الإبطال أو دعوى الفسخ بظهر عندما يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت البيع. هي دعوى ضمان الاستحقاق لا يؤثر هذا العلم في مقدار التعويض (١)، أما في دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ فالمشتري يكون سبباً للثبوت، وقد علمنا في بيع ملك الغير أن المشتري إذا كان سبباً للثبوت فليس له أن يطالب البائع بتعويض (م ٤٦٨ مدني) ومن ثم لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع بغير الثمن الذي دفعه ولا يسترد العناصر الأخرى من عناصر التعويض التي سبق ذكرها في ضمان الاستحقاق. وهذا وحده كاف في جعل دعوى ضمان الاستحقاق بارزة إلى جانب دعوى الفسخ ودعوى الإبطال، وجعل المشتري يؤثر عادة أن يلجأ إلى هذه الدعوى دون الدعوىين الأخريين.

(١) والنقطة في مصر من عدم في هذه المسألة، فالقانون يشترط حسن نية المشتري حتى يكون له الحق في التعويضات الأخرى يقيسون دعوى ضمان الاستحقاق على دعوى إبطال بيع ملك الغير (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عبد المنعم سراري فقرة ٣١٥). والقائلون بأن للمشتري الحق في التعويضات الأخرى ولو كان سبباً للثبوت يستندون إلى أن النصوص ميزت تمييزاً واضحاً بين دعوى إبطال بيع ملك الغير ودعوى ضمان الاستحقاق فلا يجوز الخلط بينهما وقياس هذه على تلك، وإلى أن القواعد العامة في التنفيذ بطريق التعويض، وهي القواعد التي تنطبق على دعوى ضمان الاستحقاق، لا تستلزم التعويض عن الضرر إلا إذا كان الدائن هو الذي تسبب في إحداث الضرر، ولا يجوز التحفظ إلا في حالة ما إذا أمكن تفسير علم المشتري بسبب الاستحقاق اتفاقاً ضمناً على عدم الضمان فيجب منه رد قيمة المبيع دون التعويضات الأخرى، الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٠١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٥٧ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٧٧ - ص ١٧٩ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٥ - ص ١٢٦ - وقارب الأستاذ جميل الشرفاوي ص ٢٥٩). أما سوء نية البائع فلا يؤثر إلا في الضرر غير المتوقع كالمصروفات الكالية، فيعوض منه البائع سبباً للثبوت دون البائع حسن النية، وفي غير هذه الحالة تستحق كل التعويضات حتى لو كان البائع حسن النية وكان المشتري سبباً للثبوت.

وكان القضاء في عهد التفنين المدني السابق، حيث كان ضمان الاستحقاق يختلط ببيع ملك الغير، يشترط حسن نية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى (نقض مدني أول فبراير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٥٤ ص ٢٨١ - استئناف مصر ٢٣ أبريل سنة ١٩٢١ لائحة ١٢ رقم ٢٥٥/١ ص ٥١٨ - ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ١٢ رقم ١٧٠ =

٣٥٣ - المصحف الجزئي - النص من القانون - نص المادة ٤٤٤

من التقنين المدني على ما يأتي :

١٥ - إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلاً بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرها لو عنده لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المينة في المادة السابقة ، على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

٢٥ - فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التي لحقت لم تبلغ القدر المين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق (١) .

= استئناف مخطوط ١٢ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٤٨ - ١١ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٤١ - ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١٢٣ - أول يونيو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٦٤ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٠ .

وفي القانون الفرنسي ، حيث تخطط دعوى ضمان الاستحقاق بنصوى إبطال بيع ملك الغير ، يشترط ألفقه الفرنسي حسن نية المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى قياساً على القواعد المقررة في بيع ملك الغير حيث لا يستحق المشتري تعويضاً إلا إذا كان حسن نية (أوبري ورو ، فقرة ٣٥٥ ص ٧٦ - بودري ورسنيا فقرة ٣٧٥ - بلانيرل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١١٣ ص ١٢٣ - بلانيرل وريبير وبولانجه ٢ فقرة ٢٥٤٢ - كولان وكابيتان ٣ فقرة ٩١١ ولفرة ٩١٩) . ولكن محكمة النقض الفرنسية (نقض فرنسي ٩ مارس سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعي ١٩٣٧ - ٢٤٣) عدلت أخيراً جزئياً نصها السابق ونصبت إلى أن المشتري يستحق التعويضات الأخرى ولو كان سيئ النية (السيكلوبيدي دالوز ٥ لفظ *venis* فقرة ١٢٢٠) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٠ من المشروع التهديدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٥٧ من المشروع النهائي . وأدخل عليه مجلس النواب تعديلاً لم يأخذ به مجلس الشيوخ ، وأبقى النص على حاله تحت رقم ٤٤٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٠ - ص ١٠٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المواد الآتية :

م ٣٨٤/٢١٠ : نزع ملكية جزء معين من المبيع أرشائع فيه . يعتبر قانوناً كنزع ملكيته كله ، وكذلك ثبوت حق ارتفاق موجود على المبيع قبل العقد ولم يحصل الإعلام به أو لم يكن ظاهراً وقت البيع يعتبر كنزع الملكية بتمامها . هذا إذا كان الجزء المنزعة ملكيته أو حق الارتفاق بحالة لو عليها المشتري لاستمتع عن الشراء .

م ٣٨٥/٢١١ : ومع ذلك لا يشتري في هذه الحالة إبقاء البيع أو فسخه ، ولكن ليس له أن يملكه إلا بقراراً بمقتضى القانون برسم .

وبعرض النص للحالة التي لا يكون فيها استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً .

= م ٢١٢/٤٨٦ : إذا أثنى المشتري المبيع ، أو كان الجزء المنزوع ملكيته منه أو حتى الارتفاق على البيع ليس بحالة تجوز فسخ العقد ، جاز للمشتري أن يطلب من البائع قيمة ذلك الجزء الذي انتزعت ملكيته منه بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع في وقت النزاع أو تعديلات تقديرها المحكمة في حالة ثبوت حتى الارتفاق .

(وتختلف أحكام التقنين السابق من أحكام التقنين الجديد في أنها عنا أيضاً - كما في الاستحقاق الكلي - تخطيطاً بين الفسخ وبين الاستحقاق . ثم إنها في حالة استبقاء المشتري للمبيع عند الاستحقاق الجزئي تهمل التعويض مقدراً على وجه خاص هو جزء من الثمن يعادل قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق ، فإذا كان المستحق حتى ارتفاق قدر التعويض طبقاً للقواعد العامة . والمبرة في تطبيق نصوص التقنين الجديد - كما قدمنا في الإصدار السابق - بتاريخ الواقعة التي اعتبرت تعرضاً للمشتري ، فإن كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت نصوص التقنين السابق ، وإلا فإن نصوص التقنين الجديد هي التي تسرى .

وبقابل النص في التقنيات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤١٦ (مطابقة لمادة ٤١٤ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٦٩) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٢ (مطابقة لمادة ٤١٤ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٥ : ١ - إذا استحق بعض المبيع أو كان مثقلاً بتكليف لاعلم للمشتري به وقت العقد ، كان له أن يفسخ العقد .

٢ - وإذا اختار المشتري الباقي من المبيع ، فله أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق .

(وحكم التقنين العراقي يخالف حكم التقنين المصري في أمرين : (١) لا يميز التقنين العراقي في الاستحقاق الجزئي بين استحقاق جسيم لو علم به المشتري لمسا أتم العقد واستحقاق غير جسيم كما فعل التقنين المصري ، فالاستحقاق الجزئي في التقنين العراقي حكمه واحد في جميع حالاته . (٢) وهذا الحكم هو الخيار بين الفسخ مع رد المبيع أو استبقاء المبيع مع التعويض عن الضرر بسبب الاستحقاق الجزئي ، والتقنين المصري لا يفسخ البيع متى ردد المبيع ، بل يثنى البيع دائماً ويكون سبباً في التعويضات الكاملة المقررة في الاستحقاق الكلي - أنظر في القانون المدني العراقي حسن القانون فقرة ١١٠ - فقرة ٢١٤ وفقرة ٢٤١ - الأستاذ عباس حسن العراف فقرة ١٦٤) .

تقنين الوصيات والعقود اللبناني م ٤٢٧ : إذا لم ينزع من المشتري إلا جزء من الشيء ، وكان هذا الجزء بالنسبة إلى المجموع كبير الشأن إلى حد أن المشتري أو لا يوجد ، لا يمنع عن الشراء ، حتى لو أن يفسخ العقد .

م ٤١٥ : إذا لم يفسخ البيع ولو بحالة استحقاق جزء من الشيء ، يرد إلى المشتري قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى المجموع الثمن ، مع بدل التطل والتعويض عن الاستحقاق .

والاستحقاق الجزئي يتحقق بطرق مختلفة ، فقد يستحق جزء من المبيع شائع أو مفرز ، وقد يتبين أن المبيع مرهون أو مثقل بحق اختصاص أو حق امتياز (١) ، أو أن حق ارتفاق للمبيع ليس موجوداً ، ففي هذا كله يمكن القول بأنه استحق بعض المبيع . وقد يكون المبيع مثقلاً بتكليف ، كحق ارتفاق عليه ليس ظاهراً ولم ين البائع عنه للمشتري أو حق انتفاع أو حق حكر . ففي جميع الأحوال التي يستحق فيها بعض المبيع أو يكون مثقلاً بتكليف ، يكون هنا استحقاق جزئي للمبيع .

ويميز النص في الاستحقاق الجزئي بين فرضين (١) إذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي قد بلغت من الجسامة قدرأ لو علمه وقت البيع لما أتمه ، كما لو اشترى أرضاً لإقامة مصنع أو مدرسة أو مستشفى فاستحق جزء منها فصار الباقي غير كاف للوفاء بالفرض المطلوب (٢) . وليس من الضروري في هذا الفرض أن يكون المشتري غير عالم وقت البيع بالاستحقاق الجزئي ، فقد يكون عالماً به ولكنه يعتقد أن لبائع سيذره عنه ، كما إذا كان المبيع مرهوناً في دين وأكد له البائع أنه سيقوم بوفاء هذا الدين وبشطب الرهن (٣) . (٢) إذا لم تبلغ خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي هذا

= م ٤٣٩ : إذا كان على المبيع حقوق عينية غير ظاهرة لم يصرح بها ، وكانت كبيرة الشأن إذ حد يمكن معه التقدير أن اشترى لو علم بها لما اشترى ، حق له أن يفسخ العقد إذا لم يفضل الاكتفاء بأخذ الموضع .

(ويختلف التقنين اللباني في أن الخيار للمشتري في ممان الاستحقاق الجزئي بين فسخ البيع أو استرداد قيمة الجزء المستحق بالنسبة إلى مجموع الثمن مع التعويضات الأخرى إن كان لما مقتض ، أما في التقنين المصري فالخيار بين رد المبيع وأخذ التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي دون فسخ البيع وبين استبقاء المبيع وأخذ تعويضات تقدر طبقاً للقواعد العامة) .

(١) أو مثقل بضريبة تحسين ترتب على أعمال المنافع العامة كان من شأنها زيادة قيمة المبيع أنسيكلوبيدي دالور ه لفظ Vente نظرة ١٣٥٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٢٠٠ - ٢٤ أبريل سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٢٨ - ٩ يويه سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩١٤ م ٢٨ ص ٣١ .

(٣) فإذا لم يقر السان بوفاء الدين ، وترتب على ذلك أن يرفع الدائر المرتين ملكية جزء من المبيع في مقابل الدين ، وجب في هذه الحالة أن يتبين من لو علم المشتري بأن هذا الجزء من المبيع مشرع ملكيته أكان يقدم على الشراء بالرغم من ذلك ، فإن كان لا يقدم على الشراء ، أكد من نطاق الترخيص الأول

التدرج من الجسامة المبين في الفرض الأول (١) .

فإذا كانت خسارة المشتري جسيمة بالقادر الذي بسطناه في الفرض الأول ، كان المشتري مخيراً بين رد ما بقي من المبيع بما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويضات التي يستحقها في حالة الاستحقاق الكلي ، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من الخسارة بسبب الاستحقاق الجزئي . فإذا اختار رد ما بقي من المبيع والمطالبة بالتعويضات المقررة في حالة الاستحقاق الكلي ، فإن ذلك يبدو طبيعياً إذ المفروض أن المشتري ما كان لينم البيع لو عرف الخسارة التي تلحقه بسبب الاستحقاق الجزئي . ولكن حتى في هذا الفرض لا يزال ضمان الاستحقاق محتفظاً بصفته الخاصة . ذلك أن القواعد العامة كانت تقضي بأن المشتري في هذا الفرض كان يطلب فسخ البيع فيرد ما بقي من المبيع ويسترد الثمن مع التعويضات إن كان لها مقتضى . ولكن من يقضي ببقاء البيع لا يفسخه ، ويقم التعويضات التي يستحقها المشتري على هذا البيع ، فهو بعد أن رد بقية المبيع بما أفاده منه يعتبر في حكم من استحق منه المبيع استحقاقاً كلياً ، فكان من الطبيعي أن يتقاضى من البائع كل التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي . ومن ثم يسترد المشتري من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية ، والثمار التي ردها للمستحق ، والمصروفات النافعة والكمالية على التفصيل الذي أسلفناه ، ومصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان ، وكل ما لحقه من خسارة أو فاته من ربح على الوجه الذي بيناه فيما تقدم . ويبدو أن المشتري إذا كان يرد بقية المبيع وما أفاده منه إلى البائع في هذه الحالة ، فليس يرد ذلك بناء على أن عقد البيع قد فسخ ، فقد قدمنا أن البيع باق وبموجبه استحق المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي ، ولكن على أساس أن المشتري لا يستطيع أن يأخذ من البائع هذه

(١) فاستحقاق ٢١ قيراطاً في أرض مساحتها ٢١ فداناً لا يعد استحقاقاً جسيماً (استئناف مخطط ٢٤ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٢١٢) . وكذلك ظهور حق حكر على الأرض المبيعة ليس من شأنه أن يمنع الشراء (استئناف مخطط أول مارس سنة ١٩١٧ م ٣٩ ص ١٨٤) . وكذلك شراء أرض انقسمتها وبيعها مجزأة . فاستحق جزء منها ، إذا لم يفت على المشتري غرضه (استئناف مخطط أول أبريل سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٢٤٧) .

التعويضات إلا بعد أن يستنزل منها ما أفاده من المبيع، فوجد المشرع أن الأوفى أن يأخذ المشتري التعويضات ويرد بقية المبيع وما أفاده منه، فيحصل بذلك من طريق سهل إلى نفس النتيجة (١). أما إذا اختار المشتري استثناء المبيع في يده، فإنه يرجع على البائع بالتعويض عما أصابه من خسارة وعما فاته من كسب، بشرط أن يكون ذلك متوقفاً لأننا في صدد مسئولية عقدية لا مسئولية تقصيرية، وهذا ما لم يكن الاستحقاق الجزئي قد وقع بغش من البائع أو خطأ جسم منه فيأخذ المشتري تعويضاً حتى عن الضرر غير المتوقع (٢).

وإذا كانت خسارة المشتري بسبب الاستحقاق الجزئي ليست جسيمة بالقدر الذي لو علمه لما أتم البيع، لم يكن أمامه في هذه الحالة إلا أن يرجع على البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب الاستحقاق الجزئي (٣)، وذلك طبقاً

(١) قارن مع ذلك ما ورد بالمذكورة الإيضاحية في الدارة الآتية. أما إذا كان الاستحقاق غير جسم، فليس للمشتري أن يطلب الفسخ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض طناً لما تقدم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١). فهذه المسألة تفرض أنه إذا كان الاستحقاق جسيماً، فالذي يفعله المشتري هو فسخ البيع. ولكن يبدو أن الأفضل من الناحية العملية عدم القول بفسخ البيع في حالة الاستحقاق الجسمي، وإلا لم يكن مفهوماً كيف يأخذ المشتري التعويضات المقررة في الاستحقاق الكلي — وهي تفترض حتماً أن البيع باق — مع القول بفسخ البيع (أنظر الأستاذ محمد حل إمام فقرة ٣٦٨ — الأستاذ عبد المنعم البدر أوى ص ٤٨٦ — الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨١ - ١٨٢).

(٢) وقد كان التقنين المدني السابق (م ٣١٢/٣٨٩) يفرض، إذا استثنى المشتري المبيع في حالة الاستحقاق الجزئي، بأن يكون التعويض سر جزء من الثمن يتناسب مع قيمة الجزء من المبيع الذي انتزعت ملكيته منسوبة إلى القيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق، فإذا كان المستحق حق ارتفاع قدرت التعويضات طبقاً للقواعد العامة. ولم يسأر التقنين المدني الجديد التقنين المدني السابق في ذلك، بل جعل تقدير التعويض طبقاً للقواعد العامة في جميع الأحوال. وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد: «وقد تجنب المشروع أن يحمل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئي هوداً ثانياً قيمة الجزء الذي انتزعت ملكيته بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٣٨٩/٢١٢ من التقنين الحالي (السابق) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠١)». (٣) فإذا كان الاستحقاق الجزئي من شأنه أن يزيد في قيمة الجزء الباقي من المبيع، كان هذا محل اعتبار في تقدير التعويض عن الضرر الذي أصاب المشتري، فينقص من التعويض بقدر هذه الزيادة. وهذا بخلاف التقنين المدني السابق الذي كان يقضى برد جزء من الثمن يتناسب مع الجزء المستحق، فلا تكون الزيادة في قيمة الباقي من المبيع محل اعتبار عند تقدير التعويض (استئناف مخطط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٤٩ ص ٢٨: زعت ملكية جزء من المبيع لشق شوارع حفت من الباقي من المبيع، فقضى برد جزء مناسب من الثمن، أما التحسين فلم يمنع إلا من إعطاء تعويض آخر إذ لا ضرر يستحق من أحله التعويض).

القواعد العامة حتى النحو الذي أسلفناه فيما تقدم ، ولا يجوز في هذا الفرض للمشتري أن يرد بقيمة المبيع وما أفاده منه على أن يأخذ التعويضات المقررة من الاستحقاق الكلي ، فإن هذه الرخصة مقصورة على الفرض الأول .

٣٥٤ - رد البائع ما أداه المشتري للمدعى - النص من القانونية -
نص المادة ٤٤٢ ، من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شيء آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات » (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٨٨ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٥٥ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٢ (مجرعة الأعمال التحضيرية : ص ٩١ - ص ٩٢) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولما كان نصاً يقرر حق استرداد ، فانه لم يكن من الجائز الأخذ بحكمه في عهد التقنين المدني السابق . ومن ثم لا يجوز العمل بنص التقنين المدني الجديد إلا إذا كان الاتفاق الذي يرد المشتري مع المتعرض ليتوفى استحقاق المبيع - وبسبب القانوني لاستعمال حق الاسترداد - غير سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى . التقنين المدني السوري م ٤١٠ (مطابقة للمادة ٤٤٢ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ١٧٠ - فقرة ١٧٢) .

التقنين المدني الليبي م ٤٣١ (مطابقة للمادة ٤٤٢ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٤٢ : إذا أثبت المستحق الاستحقاق وحكم له ، ثم اتفق مع المشتري على ترك المبيع بعوض ، يعتبر هذا شراء المبيع من المستحق ، والمشتري أن يرجع على بانه بالضمان . (وهذا الحكم يتفق مع القواعد العامة المطبقة في القانون المدني المصري ، ولكنه لا يقرر حق الاسترداد كما تقرره المادة ٤٤١ مصري . ففي القانون العراقي المبرر أن المستحق ثبت حقه في البيع وحكم له به ، ثم اشتراء منه المشتري ، فيرجع المشتري في هذه الحالة على البائع بضمان الاستحقاق كالملازم . أما في القانون المصري فالمفروض أن المشتري توفى أن يحكم المستحق بحقه بأن أدى له شيئاً مما يتأهل هذا الحق ، فيجوز في هذه الحالة للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد المشتري ما أداه المستحق . ولا يجوز تطبيق هذا الحكم الأخير في العراق مادام لا يوجد =

وعذا التعرض الذى يعرض له النص شامل لحالى الاستحقاق الكلى والامتياز الجزئى ، ويسر على البائع أمر ضمان الاستحقاق فى الحالتين . والمفروض هنا أن المشتري توفى الحكم باستحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو استحقاقاً جزئياً ، وذلك بأن اتفق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شيء آخر يؤديه له . فثبت القانون عندئذ للبائع نوحاً من الاسترداد (right) يستطيع بموجبه أن يكنى نفسه نتائج الضمان ومؤونة التعريضات التى يبنها فى حالى الاستحقاق الكلى والاستحقاق الجزئى ، بأن يرد للمشتري ما أداه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق . وليس للمشتري أن يشكو ، فقد استطاع أن يستبقى المبيع سالماً من الاستحقاق فى مقابل أدائه للمتعرض ، فاذا استرد من البائع قيمة هذا المال ، فإنه يكون بذلك قد استبقى المبيع واسترد خسارته ، فلم يثله أى ضرر . وهذا السرب من الاسترداد نادر ، وليس له نظير فى التقنين المدنى إلا فى حالات ثلاث : الشفعة واسترداد الحصة الشائعة واسترداد الحق المتنازع فيه (١) .

ونرى مما قلناه أنه حتى يكون للبائع حق الاسترداد على النحو الذى أسلفناه يجب أن يتفق المشتري مع المتعرض على تقاضى استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً أو جزئياً بأن يدفع المشتري للمتعرض مبلغاً من المال فى مقابل نزول المتعرض عن إدعائه بترك المبيع فى يد المشتري سليماً من أى استحقاق . وهذا الاتفاق يقع غالباً - رفع المتعرض دعوى الاستحقاق على المشتري ، سواء تدخل البائع فى الدعوى أم لم يتدخل . وقد يقع دون أن ترفع دعوى الاستحقاق ، بأن يتبين المشتري جدية ادعاء المتعرض فينتفى معه على الوجه المتقدم تروياً

= نص هذا المعنى فى التقنين العراقى - قارن الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٦ والأستاذ عباس حسن السرى ص ٤٥٧ ص ١٩٧ هامش (٢) .

تقنين الموجبات والمقود البنائى م ٤١٠ : إذ تخلص المشتري من الاستحقاق بدفعه مبلغاً من المال ، فالبائع أن يتخلص من نتائج الضمان برده ذلك المبلغ إل المشتري مع الفوائد وجميع النفقات

(وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المصرى) .

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٩٢ .

للاستحقاق وتبادياً من رفع دعوى به وما يجر ذلك من إجراءات ومصروفات .
والاتفاق الذي يتم بين المشتري والمتعرض يكون في الغالب صلحاً ، فيتصلحان
على أن يعطى المشتري مبلغاً من النقود في نصير أن ينزل المتعرض عن ادعائه ،
وعند ذلك يخلص المبيع للمشتري خالياً من النزاع . ولكن هذا الصلح يعتبر
بالنسبة إلى البائع استحقاقاً للمبيع ، فيجب عليه الضمان ، وإن كان يستطيع
التخلص منه - أي استرداد ما كان يجب أن يدفعه للمشتري من تعويضات بسبب
ضمان الاستحقاق - في مقابل أن يرد للمشتري المبلغ الذي دفعه المشتري للمتعرض
وفوائده القانونية (٤/٤ في المسائل المدنية و ٥/٤ في المسائل التجارية) من يوم
أن دفع للمشتري المبلغ للمتعرض ، وكذلك مصروفات الصلح الذي تم بين
المشتري والمتعرض . فيتفادى البائع بذلك أن يدفع للمشتري التعويضات المقررة
في الاستحقاق الكلي أو الاستحقاق الجزئي ، وهذا هو معنى الاسترداد . وغنى
عن البيان أن البائع لا يختار استعمال حق الاسترداد إلا إذا وجد أن المبلغ الذي
سيرده للمشتري أقل من التعويضات التي كان يدفعها له بسبب ضمان الاستحقاق ،
وبفرض أن حق المتعرض لا يستطيع البائع أن يدفعه . فالبائع إذن حر في أن
يستعمل حق الاسترداد وفي ألا يستعمله ، وهو لا يستعمله في حالتين : (١) إذا
كان يستطيع دفع ادعاء المتعرض ، ويعتقد أن المشتري قد تسرع في الصلح
معه ، وقد قدمنا أنه في هذه الحالة لا يكون مسئلاً عن الضمان إذا أثبت أن
المتعرض لا حق له في دعواه . (٢) إذا كانت التعويضات الواجبة عليه بسبب
ضمان الاستحقاق لا تزيد على المبلغ الواجب رده للمشتري بموجب استعمال
حق الاسترداد .

وقد يكون الاتفاق الذي يتم بين المشتري والمتعرض صلحاً لا يدفع فيه
المشتري للمتعرض مبلغاً من النقود . فقد يكون المستحق حق ارتفاق للمبيع
ينكره المتعرض ، فينتفي معه المشتري ، على أن يكف عن إنكاره في نظير ترتيب
حق ارتفاق مقابل لعقد التعرض على المبيع . وفي هذه الحالة لا يتخلص البائع
من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد ، إلا إذا دفع للمشتري قيمة حق
الارتفاق الجزئي الذي أنشأه على المبيع لعقد التعرض . والفوائد القانونية لهذه
القيمة من حيث إنشاء حق الارتفاق ومصروفات الصلح

وتعد يكون الاتفاق الذي يتم بين المشتري والمتعرض وفاء بمقابل . كان يكون المبيع مرهوناً في دين ، فينقض المشتري مع الدائن المرتهن على أن يدفع له مقابلاً لهذا الدين سيارة مثلاً . وفي هذه الحالة لا يتخلص البائع من التزامه بالضمان باستعمال حق الاسترداد إلا إذا دفع للمشتري قيمة هذه السيارة وقت تسليمها للدائن والفرائد القانونية لهذه القيمة من وقت التسليم ومصرفات الاتفاق الذي تم بين المشتري والمتعرض (١) .

ويبدو أنه إذا تم للبائع التخلص من نتائج الضمان باستعمال حق الاسترداد على الوجه السالف الذكر ، فإن عقد البيع الأصلي يبقى قائماً بينه وبين المشتري وهذا العقد هو الذي يحدد العلاقة فيما بينهما ، إلا فيما يتعلق بضمان الاستحقاق فقد توفاه البائع باستعمال حق الاسترداد كما سبق القول . ويترتب على ذلك أن المشتري يعتبر متلقياً ملكية المبيع من البائع لامن المتعرض ويبقى البائع ملتزماً نحو المشتري بسائر التزامات البائع ، فلو ظهر في المبيع مثلاً عيب خفي رجع المشتري على البائع بضمان هذا العيب .

والمفروض في استعمال البائع لحق الاسترداد على النحو الذي ورد منه أن يكون المشتري قد اتفق مع المتعرض ، وتوفى باتفاقه هذا استحقاق المبيع . أما إذا ترك المشتري المتعرض يسير في دعوى الاستحقاق دون أن يتفق معه ، وحكم للمتعرض بالاستحقاق الكلي مثلاً فاسترد المبيع من تحت يد المشتري ، ثم اتفق المشتري بعد

(١) ونرى من ذلك أن حق الاسترداد بالتفصيلات التي قدمناها قد أعطاه القانون للبائع تيسيراً عليه للتخلص من ضمان الاستحقاق . ونقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا المعنى : « أما التيسير على البائع فيتحقق في أنه لو ظهر أن الأجنبي على حق في دعواه ، وكان المشتري قد توفى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق عن أن يدفع له بدل المبيع مبنياً من النقود أو أى شئ آخر ، صلحاً كان ذلك أو وفاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع في هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما يعوضه تماماً عما دفعه للمستحق : المبلغ الذي دفعه أو قيمة ما أداه ، والفوائد القانونية وبسبب المصروفات . وهذا حكم وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأخطاء النادرة في القانون على حق الاسترداد : انظر مثلاًين آخرين في استرداد الحصة كشادة وفي استرداد الحق المتنازع فيه » (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ١٠١ - ١٠٢ - ٩٣)

ذلك مع المستحق على ان يعبد إليه المبيع بمقد جديد ، بيع او مقايضة أو غير ذلك ، فان ضمان الاستحقاق يكون واجباً على البائع الأصلي ، ولا يستطيع هذا أن يترقاه بأن يدفع للمشتري الثمن الذي دفعه هذا المستحق في البيع الجديد أو قيمة العبر التي قابض بها المشتري المستحق على المبيع . ف ضمان الاستحقاق يبقى في دمه البائع ، وتسرى عليه الأحكام التي سطانها فيما تقدم ، وعلاقة المشتري بالمستحق يحكمها العقد الجديد الذي تم بينهما والذي بموجبه أعاد المستحق للمشتري الشيء المبيع ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة (١) .

٣٥ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير

٣٥٥ - زيادة الضمان أو انقاصه أو إبطاله - التعرض

القانونية : تنص المادة ٤٤٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصاه ، أو يسقطا هذا الضمان .

٢ - وبفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً ، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .

٣ - ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي .

وتنص المادة ٤٤٦ على ما يأتي :

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية في هذا الصدد : « ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد ترقى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يترق هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق ، فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهي تنفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الخيران - م ٥٠٦ - من أنه « لو أثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشتري إليه شيئاً وأمسك المبيع ، يكون قد اشترى المبيع من المستحق ، وله أن يرجع كل بائه بالثمن » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٩٤ - أنظر المادة ٥٥٢ من التقنين المدني العراقي آنفاً في نفس الفترة في الحاشية) .

١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، بقاء البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار (١) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدنى السابق المواد ٣٧٥/٣٠١ و ٣٧٧/٣٠٣ (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٤٥ : ورد هذا النص في المادة ٥٩١ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان يدمج الفقرات الثلاث في فقرتين اثنتين . وفي لجنة المراجعة قسمت الفقرة الأولى إلى فقرتين تميز الحكيم كل منها عن الآخر ، وأصبح النص يشتمل على فقرات ثلاث مطاباً بذلك لما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، وأصبح رقم ٤٥٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٣ - ص ١٠٤) .

م ٤٤٦ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٢ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر عليه في التقنين المدنى الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان لا يشتمل في الفقرة الثانية على عبارة الاستحقاق ، فأضيفت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، وأصبح النص رقم ٤٤٩ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٥ و ص ١٠٧) .

(٢) التقنين المدنى السابق م ٣٧٥/٣٠١ : يجوز للبائع أن يشترط عدم ضمانه لمبيع ، إنما إذا كان هذا الاشتراط حاصلاً بالفاظ عامة وصار نزاع الملكية من المشتري ، فلا يلزم البائع إلا برد الثمن دون التضييعات .

م ٣٧٦/٣٠٢ : لا تبطل لازومية البائع المشترط عدم الضمان برد الثمن إلا أثبت علم المشتري وقت البيع بالسبب المرجح لنزع الملكية أو اعترافه بأنه اشترى المبيع ساقط الخيار ولا ضمان على البائع في جميع الأحوال .

م ٣٧٧/٣٠٣ : شرط عدم الضمان باطل إذا كان سبق المدعى في استحقاق المبيع ثبوتاً من قبل البائع .

(والأحكام واحدة في التقنينين الجديد والسابق : ولكن نصومس التقنين الجديد أوفى بأحكامه من الأعمال الختلفة . المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٧)

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤١٣ - ٤١٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٤ - ٤٣٥ - وفي
التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٦ - ٥٧٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود
نبدن المواد ٤٣٠ - ٤٣٢ و ٤٣٩ (١) .

ونرى من هذه النصوص أن أحكام الضمان التي قدمناها ليست من النظام
العام ، فيجوز الاتفاق على تعديلها . والاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض
الصادر من الغير - كالاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع -
قد يكون اتفاقاً على زيادة هذا الضمان أو اتفاقاً على إنقاصه ، أو اتفاقاً
على إسقاطه .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤١٣ (متفقة مع المادة ٤٤٥
مصري ، فيما عد أن النص السوري قد أغفل الفقرة الثانية من نص التقنين المصري ، فلا يكتفى إذن
في التقنين السوري أن يكون حق الارتفاق ظاهراً أو أن البائع قد أبان عنه للمشتري حتى لا يضت
البائع بل يجب اشتراط عدم الضمان) .

م ٤١٤ (مطابقة للمادة ٤٤٦ مصري) .

وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفي الزرقا فقرة ١٧٢ - فقرة ١٨٠ .

التقنين المدني الليبي م ٤٣٤ - ٤٣٥ (مطابقتان للمادتين ٤٤٥ - ٤٤٦ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٥٦ (مطابقة للمادة ٤٤٥ مصري) .

م ٥٥٧ : ١ - إذا اتفق على عدم الضمان ، يبقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أي استحقاق ينشأ
عن فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يتخفى بغير ذلك . ٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من
غير الغير ، فإن البائع يكون مسئولاً عن رد الثمن فقط . (وهذا الحكم يخالف نص التقنين المصري
في أن البائع - عند الاتفاق على عدم ضمان تعرض الغير - يكون مسئولاً في التقنين المصري عن
قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وفي التقنين العراقي عن رد الثمن . ولم يرد في التقنين العراقي العبارة
الأنجليزية الواردة في نص التقنين المصري : « إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب
الاستحقاق أو أنه اشترى ساقط الخيار » . ويبدو أنه يمكن تطبيق هذا الحكم في العراق لاتفاقه مع
القواعد العامة - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢١٩ - فقرة ٢٢٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٣٠ : يحق للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيلوا
أو ينقصوا مفعول هذا الموجب القانوني ، كما يحق لهم أن يتفقوا على عدم إلزام البائع بضمان ما .
م ٤٣١ : إن البائع ، وإن اشترط عدم إلزامه بضمان ما ، يبقى ملزماً عند تمام الاستحقاق ،
برد الثمن ، إلا إذا كان المشتري قد عقد الشراء وأخذ على نفسه ما يمكن وقوعه من المضار والمخاطر .
أنظر أيضاً المادة ٤٣٩ آنفاً فقرة ٣٥٣ في الهامش .

(والأحكام واحدة في التقنين اللبناني والمصري ، إلا أن التقنين المصري أكثر تفصيلاً) .

ويجب في جميع الأحوال أن يكون الاتفاق واضحاً في أن إرادة المتبايعين قد انصرفت إلى تعديل أحكام الضمان ، فلا يساق في عبارات عامة غامضة يذكر فيها المتعاقدان أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض القانوني والفعل ، أو أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض والاستحقاق والرهن والتصرفات السابقة على البيع ، أو نحو ذلك . فمثل هذه العبارات لا تعدل شيئاً في أحكام الضمان التي سبق بسطها ، وإنما هي ترديد للقواعد العامة في هذا الشأن في وضع يريد المتعاقدان به إبراز التزام البائع بالضمان وتأكيده هذا الالتزام ولكن دون إدخال أي تعديل في أحكامه (١) . ويراعى أيضاً أن الاتفاق على إسقاط الضمان أو على إنقاذه يجب عدم التوسع في تفسيره ، فإن المشتري بهذا الاتفاق ينزل عن حق له أو بعض حق والزول عن الحق يفسر تفسيراً خصباً طبقاً للقواعد العامة .

٣٥٦ - الاتفاق على زيادة الضمان : هذا الاتفاق لا يقع كثيراً في

العمل ، فإن القواعد العامة في أحكام الضمان ، كما رأينا ، تضمن عادة للمشتري كل تعرض من الغير ، وتكفل له تعويضاً كافياً يزيد في كثير من الأحيان على التعويض الذي يخوله إياه دعوى الفسخ أو دعوى الإبطال على النحو الذي قدمناه .

(١) أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ هامش ٤٢ - بودري وسينيا فقرة ٢٩٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ - وقد قسمت محكمة النقض بأنه إذا لم يذكر في عقد البيع التزامات صريحة خاصة بالضمان ، فإن القانون يفرض أن المتعاقدين أرادا ما بينه في مواده . ولهذا يجب على من يريد مخالفة ما فرضه القانون من الضمان - إذا هو أراد تشديد الضمان على البائع - أن يبين في العقد الشرط الذي ينهم منه صراحة تشديد الضمان ومخالفة ما نص عليه القانون - أما اشتغال العقد على ما قرره القانون بعبارات عامة فإنه لا يدل على أن البائع تعهد بضمان أشد مما فرضه القانون . ويكون المتعين في هذه الحالة تطبيق الضمان القانوني دون زيادة عليه ، لأنه في حالة الاشتباه يكون التفسير بما فيه الفائدة للمتعهد (نقض مدني ٣ مارس سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٠ ص ٧٦) . وانظر أيضاً استئناف مصر ١٦ فبراير سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١٢٠ - استئناف الجزائر ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٨ - ٢٦ يناير سنة ١٩١١ م ٢٢

على أن المشتري قد يزيد في الاحتياط ، فيشترط على البائع ضمان أعمال هي في الأصل ليست داخلية في الأحكام العامة للضمان ، أو زيادة في التعويض الذي يستحقه بموجب هذه الأحكام . مثل ضمان أعمال ليست داخلية في الأصل في الأحكام العامة للضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يرجع عليه بالضمان إذا نزع ملكية المبيع بعد البيع للمنفعة العامة (١) ، فزاع الملكية للمنفعة العامة بعد البيع لا بدخل في الأعمال التي يضمنها البائع طبقاً للأحكام العامة في الضمان ، فإراد المشتري ضمان البائع بهذا الاتفاق . وقد لا يزيد المشتري في الأعمال التي يضمنها البائع ، ولكنه يعدل في شروطها بما تترتب عليه زيادة الضمان ، كأن يشترط الرجوع بجميع المصروفات الكمالية ولو كان البائع حسن النية ، والأصل أنه لا يرجع بالمصروفات الكمالية إلا إذا كان البائع سيئ النية (٢) . ومثل التعديل في الشروط أيضاً أن يحتفظ المشتري لنفسه بالحق ، عند الاستحقاق الجزئي ، في رد البيع وأخذ تعويضات كاملة ولو كان الاستحقاق الجزئي غير جسيم ، والأصل بما رأينا أنه لا يجوز ذلك إلا إذا كان الاستحقاق الجزئي جسيماً بالقدر الذي لو علم به المشتري لما أتم البيع . ومثل التعديل في الشروط أخيراً أن يشترط المشتري الرجوع على البائع بضمان الاستحقاق ولو قبل وقوع التعرض فعلاً متى علم المشتري بسبب الاستحقاق ، والأصل كما قدمنا أن ضمان الاستحقاق لا يقوم إلا إذا وقع التعرض فعلاً (٣) . ومثل زيادة الضمان عن طريق زيادة التعويض أن يشترط المشتري ، عند استحقاق المبيع استحقاقاً كلياً ، استرداد أعلى القيمتين قيمة المبيع وقت الاستحقاق أو الثمن ، والأصل كما قدمنا أنه لا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ولو نقصت هذه القيمة عن الثمن .

(١) بيدان ١١ فقرة ٢٢٦ - ويحسن أن نحدد المدة التي إذا نزع ملكية المبيع للمنفعة العامة في خلالها وجب الضمان ، وذلك حتى يكون الضمان محدداً فيسهل إعماله (بودري وسبنا فقرة ٢٩٩) .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٠٦ .

(٣) أسيكلوبيدى دالوز ، لفظ vente فقرة ١٢٧٠ .

٣٤٧ - ارتفاع على الغايص الخصامه : وهذا الاتفاق ، بخلاف

الاتفاق على زيادة الضمان ، يقع كثيراً في العمل . ويتناول هو أيضاً إما الأعمال المرجية للضمان فيقال منها (١) ، أو مقدار التعويض المستحق فينتهي منه . مثل التقليل من الأعمال المرجية للضمان أن يشترط البائع على المشتري عدم ضمانه لما عسى أن يظهر على المبيع من حقوق ارتفاع غفية لا يعلم بها البائع ، أو عدم ضمان حقوق ارتفاع للمبيع إذا ظهر فيها بعد أنها غير موجودة ، أو عدم ضمان استحقاق المبيع في حالة ما إذا كان هذا الاستحقاق مترتباً على إبطال سند ملكية البائع لعيب معين فيه . ومثل إنقاص مقدار التعويض أن يشترط البائع على المشتري ، عند الاستحقاق الكلي ، ألا يرجع عليه إلا بالثمن ولو نقص عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٢) ، أو ألا يرجع عليه بالمصروفات أصلاً ولو كانت نافعة ولم يسترد ما المشتري من المستحق كاملة ، أو ألا يرجع عليه بتعويض أصلاً فلا يسترد إلا الثمن أو لا يسترد إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق .

وتقول الفقرة الثالثة من المادة ١٤٤ مدني كما رأينا : « ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعدد إخفاء حق الأجنبي » . فإذا كان البائع ، وهو يشترط إنقاص الضمان في خصوص حق معين قد يظهر لأجنبي على العين المبيعة ، يعلم بوجود هذا الحق فعلاً وقت البيع ويكتمه عن المشتري ، فإنه يكون بذلك قد ارتكب غشاً واشترط عدم مسئولية عنه ، ولا يجوز أيضاً للقواعد العامة اشتراط عدم المسئولية عن النفس معني أو كانت المسئولية عينية . فالنقص المتقدم إذن ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ويكون الاتفاق على إنقاص الضمان باطلاً إذا كان البائع قد تعدد إخفاء حق الأجنبي .

على أنه لا يكفي مجرد علم البائع بحق الأجنبي وقت البيع حتى يقال إنه أخفاه عمداً من المشتري ثم يشترط عدم الضمان ، فإنه يكفي أن البائع عالماً بحق الأجنبي دون

(١) ويقتضي من زيادة الضمان أن يكون العمل على زيادة الضمان المستحق له (٢) أي أن يكون المبيع مستحقاً للمبيع في وقت البيع .

أن يخفيه عن المشتري ، بأن يكون المشتري نفسه عالماً بهذا الحق كالبائع ، ورضى
اشتراط البائع عدم ضمان هذا الحق ، ففي هذه الحالة لا يكون الشرط باطلاً
لأن البائع لم يخف عن المشتري شيئاً . بل قد يكون المشتري غير عالم بحق الأجنبي ،
ولكن البائع لا يعتبر مع ذلك قد كتم عنه هذا الحق إذا كان يعتقد أن المشتري
عالم به عندما اشترط عدم ضمانه إياه . فلا يكون البائع في هذه الحالة أيضاً قد
تعمد إخفاء حق الأجنبي عن المشتري حتى يبطل شرط عدم الضمان ، ويكون
الشرط صحيحاً . أما إذا كان البائع يعلم بحق الأجنبي ، ويعلم في الوقت ذاته أن
المشتري لا يعلم بهذا الحق ، ثم اشترط البائع عدم ضمانه للحق دون أن يخبر
المشتري بوجوده ، فإنه يكون في هذه الحالة قد تعمد إخفاء حق الأجنبي ،
ويكون شرط عدم الضمان باطلاً ، وبضمن البائع للمشتري الاستحقاق الناشئ
من ظهور حق الأجنبي بالرغم من هذا الشرط .

وبلاحظ أنه إذا كان كل من البائع والمشتري عالين بحق الأجنبي وقت
البيع ، لم يكن هذا وحده كافياً للقول بأن هناك شرطاً ضمناً بعد ضمان البائع
لهذا الحق ، فقد يكون الاثنان عالين به ومع ذلك أمل المشتري أن يدفع البائع
عنه تعرض الأجنبي بوسيلة أو بأخرى عن طريق حمل الأجنبي على النزول عن
حقه . فإذا لم يتحقق أمل المشتري في هذه الحالة ، ولم يستطع البائع أن يدفع
تعرض الأجنبي ، فاستحق المبيع كله أو بعضه ، رجع المشتري بضمان الاستحقاق
على البائع بالرغم من أن كلا منهما كان عالماً وقت البيع بسبب الاستحقاق .
وليس هذا معناه أنه لا يجوز أن يكون الاتفاق على إنقاص الضمان اتفاقاً ضمناً ،
فالاتفاق الضمني يجوز كالاتفاق الصريح ، وقد يكون علم كل من البائع والمشتري
بسبب الاستحقاق وقت البيع اتفاقاً ضمناً على عدم ضمان هذا السبب ، ولكن
يشترط في ذلك أن يقترن هذا العلم بعباسات وظروف تكون قاطعة في استخلاص
شرط عدم الضمان ، كأن يراعى وجود حق الأجنبي في تقدير الثمن أو في شروط
البيع الأخرى ، (١) .

(١) بلانويو، مربيير ومابل ١٠ - فقرة ١٢٢ من ١٢١ - وقد يشترط الضمان في العقد
ويكون الضمان المبرر بغير الضمان بسبب الاستحقاق ، ففي هذه الحالة يعد شرط الضمان =

والاتفاق على إنقاص الضمان ، بخلاف الاتفاق على إسقاط الضمان كما سنرى .
يبقى صحيحاً حتى لو كان سبب الاستحقاق آتياً من جهة البائع فيجوز للبائع أن
يشترط عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من رهن هو الذى رتبته على المبيع قبل
البيع ، أو عدم ضمان الاستحقاق الناشئ من إبطال سند ملكيته للمبيع لسبب
هو مسئول عنه (١) . ولكن يبطل هذا الاتفاق إذا كان سبب الاستحقاق راجعاً
إلى غش البائع ، إذ لا يجوز للبائع اشتراط عدم مسئوليته عن غشه . فلا يجوز
أن يشترط البائع عدم الضمان للاستحقاق الناشئ من بيعه المبيع مرة أخرى
لمشتري ثان يتقدم على الأول بسبقه إلى التسجيل فى العقار أو إلى الحيازة
فى المنقول (٢) .

٣٥٨ - مسؤولية فى عقود الاستحقاق : وكان مقتضى القواعد

التي قررناها أن البائع إذا أراد إسقاط ضمانه حتى ارتفاق على المبيع ، وجب أن
يشترط عدم الضمان ولا يكفى أن يكون المشتري عالماً بوجود هذا الحق هل

= وفى المقدم - هو أصلاً لا حاجة إليه - هل أن التعرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذى
يهدده تأميناً لا يكون إلا بالتزام البائع عند الاستحقاق بتأمينات علاوة على رد ثمن (نص
مدى أول فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٥ ص ٢٨١) . وقد ثبت أن
المشتري كان يعلم وقت شرائه بالعيب اللاصق بسند البائع ، وأنه أقدم على الشراء بخارفاً ونعت
مسئولته ، فلا يكون له الحق فى طلب التضمينات ، ولكن يحق له استرداد الثمن إذا اشتري
ساقط الخيار (نقض مدى ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٥ ص ٤٣٧ -
وأنظر أيضاً استئناف مختلط ١٦ مارس ١٨٩٩ - ١١ ص ١٦٢ - ١٠ يونيو
سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٧٨) ونقض محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان المشتري عالماً
بسبب الاستحقاق وقدر المبلغ الذى يسترده بمبلغ معين ، فلا يحق له استرداد هذا المبلغ فى حالة
الاستحقاق (استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٠٧ م ٥ ص ٢٧١) .

- (١) بودرى وسينيا فقرة ٤ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٢ ص ١٢٢ .
 - (٢) أوبري ورو ، فقرة ٣٥٥ عاش ٤٥ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١ .
- أما اشتراط إسقاط الضمان أصلاً - لا مجرد إنقاصه - عن التعرض للمصادر من البائع نفسه ،
فقد رأينا أنه غير حائز ، ولو كان الضمان غير ناشئ من نفس البائع بل من غيره فقط (بودرى
وسينيا فقرة ٤٠٤) .

المبيع . ولكن الفقرة الثانية من المادة ٤٤٤ مدني أفردت حقوق الارتفاق (١) بحكم خاص بها في هذا الشأن ، فنصت كما رأينا على ما يأتي : « ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً . أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري » (٢) فيمكن إذن أن يكون المشتري عالماً بحق الارتفاق قائم على المبيع ، ويكون علمه من طريق معين ، حتى يكون هذا العلم بمثابة اشتراط البائع عدم الضمان . وكان الأصل أن هذا العلم وحده لا يكفي ، بل يجب أن يشترط عدم الضمان . ونرى من ذلك أن حقوق الارتفاق تفارق غيرها من الحقوق في هذه الخصوصية من حيث الضمان ، ففي حقوق الارتفاق يكون البائع غير ضامن إما باشتراطه عدم الضمان (٣) وإما بأن يثبت أن المشتري

(١) وبمضيف القانون المدني الفرنسي إلى حقوق الارتفاق التكليف كحق الانتفاع وحق الاستأجر وكل حق من شأنه أن يقتصر الانتفاع بالعين وإنما يعرضها لخطر نزاع الملكية (بودي وبنيانقرة ٤٨٨ - بلانك وريبير وهامل ١٠ مقبرة ٩٨) . ولا يجوز في القانون المصري التوسع ، فقد نص المصنف الامتثال على حق الارتفاق ، فلا يلحق به في الحكم أي تكليف آخر كحق انتفاع أو حق ركن (الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى مقبرة ١٦٠ من ٢٠٥ - ص ٤٥٦ - عكس ذلك الأستاذ عبد المنعم البدر اوى مقبرة ٢٠٠) .

(٢) وتحميل هذه الخصوصية لمابع التقاليد القديمة في حقوق الارتفاق ، عندما كان القانون الروماني يجعل البائع لا يضمن حقوق الارتفاق لأن التنظيم الاقتصادي للملكية للمقاربة عند الرومان كان من شأنه أن يجعل المشتري يتوقع دائماً أن يكون على المبيع حقوق ارتفاق . ولم تتغير هذه التقاليد بمرور الزمن ، بل ركت أثرها فيه ، جعل حق الارتفاق الظاهر أو الذي أعلم به البائع المشتري لا يضمنه البائع (أنظر آنفاً مقبرة ٢٢٥)

(٣) وإذا اشترط البائع إسقاط الضمان إنفاقاً ، وكانت هناك حقوق ارتفاق خفية لا يعلم بها المشتري وقت البيع ، فإن البائع يبقى ملتزماً بضمان ما كان منها ناشئاً عن فعله ، إلا إذا أبان عنه للمشتري . أما إذا أنشأها عنه ، وكذلك إذا كان يعلم بحقوق ارتفاق غير ناشئة عن فعله ، خفياً عن المشتري (م ١/٤٤٤ مدني) ، فإن الاتفاق على إسقاط الضمان يكون باطلاً (بودي وبنيانقرة ٤١٢) . فلا يبقى إذن إلا حالة ما إذا كان البائع لا يعلم بحق ارتفاق من المبيع وكذلك لا يعلم المشتري وقت البيع ، فإن اشتراط إسقاط الضمان في هذه الحالة يعني للبائع من المبيعات ، ولكن لا يفرضه من وجه - انقضى من قيمة المبيع وقت الاستمالة بحسب مذهبنا - حق الارتفاق

أما إذا انقضى البائع عدم ضمان حقوق الارتفاق الخفية فهذا لا يفي إلتزامه لا في الحالة ، ومن ثم يوجب له ذلك أن يضمن من قبله إسقاط الضمان . ذلك أن البائع ، إذا كان يضمن في حالة انقضاء حقوق الارتفاق الناشئة عن فعله أو التي يورثها أو اشتراها من الغير ،

قد علم بحق الارتفاق لأنه ظاهر أو أبان عنه البائع ، أما في الحقوق الأخرى فان البائع يكون غير ضامن باشتراطه عدم الضمان ولا يكفي إثبات علم المشتري بها عن أى طريق (١) .

== فإنه لا يضمن حقوق ارتفاق لا يعلمها هو ، سواء علمها المشتري أو لم يعلمها . فلا يضمن إذن حق ارتفاق مجهله هو والمشتري ، ويعنى في هذه الحالة حتى من التمريضات ، وهو لا يضمن من التمريضات في حالة اشتراط إسقاط الضمان (قارب كولان وكايتان ٢ فقرة ٩١٨) .

(١) ويلاحظ أن قيود الملكية - كحقوق الشرب والمجرى والميل والمرور - ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الصحيح ، فهذه يقررها القانون والمشتري يعرفها أو ينبغي أن يعرفها . فلا يلزم البائع ضمانها للمشتري ، سواء كانت ظاهرة أو غير ظاهرة ، وسواء أثبت البائع أن المشتري يعرفها أو لم يثبت ، وحتى لو ضمن البائع خلو المبيع من حقوق الارتفاق (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٢٢٧ - بودري وسينيا فقرة ٣٨٧ - دي باج ٤ فقرة ٢٩ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٣٧ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٠١ ص ٦٠٤ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي رقم ٣٥٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ - الأستاذ شند على إمام ص ٣٤٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٠٢) ولكنه لا يعتبر هذه الحقوق قيوداً بل ارتفاقات لأنها لا تنشأ إلا إذا طلبها من يريد تقريرها . والمقود الناشئة من خط التنظيم تعتبر هي أيضاً قيوداً على الملكية لا يضمنها البائع . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن البائع لا يضمن ظهور حقوق ارتفاق طبيعية أو قانونية كحق الارتفاق الناشئ من خط التنظيم ، فهذه الحقوق ليست حقوق ارتفاق بالمعنى الدقيق ، بل هي قيود قانونية المفروض أن المشتري يعرفها (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٤٥ ص ٢٧ . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٥ م ٤٨ ص ٤٥ - بودري وسينيا ص ٢٤٢ هامش رقم ٢) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا اشترى شخص عيناً قد صدر مرسوم بنزع ملكيتها من قبل شرائه أو مرسوم بتعديل خط التنظيم قبل الشراء بحيث يدخل بعضها في الشارع ، فليس له أن يدعى بأن ذلك من حقوق الارتفاق الموجبة لفسخ عقد الشراء (استئناف مصر ١٢ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٩) . لكن إذا تعدد البائع إخفاء خط التنظيم عن المشتري ليحصل على ثمن أعلى ، فإنه يكون قد غش المشتري ، ويرجع إذا بدعوى التدايس (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٤ ص ٣٧ وهو الحكم السابق الذكر) .

ومع ذلك فقد قضت أخيراً محكمة مصر الكلية بأن وقوع العقار المبيع في خط التنظيم بعد مبيعاً خفياً في حكم المادة ٤٧٧ مدني ، لأنه ينقص من قيمة المبيع ونفعه بحسب الغاية التي تستخلصها المحكمة من وقائع الدعوى والعرف الجاري وما يستفاد مما عومين بالعند وطبيعة العقار المبيع والنقص الذي أعد له وهو استعماله والانتفاع به بطرق الانتفاع كافة . وليس في استطاعة المشتري إذا فحص المبيع وقت الشراء بعناية الرجل المعتاد أن يبين أن العقار المبيع داخل خط التنظيم ، لأن العيب لا يمكن ظهوره بمجرد فحص المبيع ذاته ، كما أنه لا يكفي مجرد نشر مرسوم خط التنظيم بالجريدة الرسمية لدلالة على علم المشتري أو استطاعته هذا العلم . والمادة ٤٤٤ مدني تنص على ضمان البائع =

ولم يكن علم المشتري بحق الارتفاق كافياً لإسقاط ضمان البائع ، يجب كما قلنا أن يكون المشتري قد حصل علمه عن أحد طريقين : (أولاً) من كون حقوق الارتفاق على المبيع ظاهرة ، فيستطيع المشتري وقت البيع وهو يعاين المبيع أن يرى معالم حق الارتفاق ظاهرة أمامه ، أو كان يستطيع أن يراها ظاهرة ، لمسكوته دليل على رضائه بعدم ضمان البائع (١) . وبمخلص من ذلك أن مجرد ظهور حق الارتفاق يكفي لإسقاط الضمان ، علم المشتري فعلاً بحق الارتفاق أو لم يعلم . (ثانياً) إذا لم يكن حق الارتفاق ظاهراً ، فيمكن أن يعلم البائع للمشتري بوجود هذا الحق (٢) . وأيس هذا الإعلام معناه اشتراط عدم الضمان بل هو مجرد إعلام بوجود الحق ، فيصبح المشتري عالماً به ، وسكوته في هذه

= إذا وجد المبيع مثلاً بتكليف (charge) وكانت خسارة المشتري من ذلك بلغت قدراً لو علمه لما أتم العقد . ومباراة «تكليف» تشمل بصورة كافية حقوق الانتفاع اتفاقية كانت أو قانونية ، كما أنها تمتد إلى شتيرد القانونية التي تمتد من نطاق حق الملكية ، والمقار الداخلي في خط التنظيم يكون مثلاً بتكليف لصحة النفع العام وينطبق عليه حكم المادة ١١١ (مصر الكلية ١٩ أكتوبر سنة ١٩٥٥) المادة ٢٩ رقم ١٤٨ من ٩١٦ .

(١) استئناف مخطط (عارس سنة ١٨٩٩ م ١١ من ١٥٣ - لكن إذا كان حق الارتفاق ظاهراً ومع ذلك نصن البائع أنه غير موجود أو أن المبيع خال من حقوق الارتفاق ، لزمه الضمان (برودي رينشيا بقرة ٢٨٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي من ٢٤٤ - الأستاذ جميل الشرفاوي من ٢٦٥ هامش ١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور بقرة ١٨٤) ، وإذا كان للمبيع حق ارتفاق ظاهر ، فإن البائع يفتنه وإلا لم يفرد بالذكر في عقد البيع . فإذا تبين أن هذا الحق غير موجود بعد أن كان لاخرى إلى وجوده الظاهر ، جاز للمشتري الرجوع على البائع بالضمان (برودي رينشيا بقرة ٣٩٠ - من باج ٤ بقرة ١٣٩ - الأستاذ أنور سلطان بقرة ٢٥٩ - الأستاذ محمد علي أمام بقرة ٤٦ - الأستاذ عبد المنعم البراوي بقرة ٣٠٠ - استئناف مخطط ٢٢ مارس سنة ١٩١١ م ٣٦ من ٢٩٤ - ٩ أبريل سنة ١٩١٠ م ٤٢ من ٢١٨ - وانظر ملاحظاتي على المسألة مع تجميع هذا الرأي أنجيكاويدي ، دالوز ، لفظ vente بقرة ١٤٦٢) .
نفس هذه الاستنتاجات ، المبنية بأنه إذا تضمن البائع حق المبيع من أن حق ارتفاق ، يظهر ارتفاق من على المبيع بوجوب الضمان إذا كان المشتري قد اعتقد أنه موجود على جميل للتسامح (٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ من ٢٤٩) .

(٢) ويجب أن يلاحظ بوجود حق الارتفاق بالذات ، ولا يمكن التعميم والقول بأنه باع المبيع بما عليه من حقوق الارتفاق أو نحو ذلك (بلانول روبيير ومادل ١٠ بقرة ١٠٢ من ٤٠٩ - من ١٠٠) . ولا يرد في شكل نظام التجميع أن يكون شرطاً ، ولكن البائع عليه أن يعلم المشتري بوجود حق الارتفاق .

الحالة رضاه ضمنى بإسقاط ضمان البائع (١) . ويبدو من صياغة نص الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني السالفة الذكر (٢) أن المشتري يجب أن يحصل علمه من أحد هذين الطريقين أو من كليهما (٣) ، فلا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المشتري عالماً بحق الارتفاق من طريق آخر غير هذين ، كأن يعلمه بحق الارتفاق شخص غير البائع أو نائبه ، أو يكون عالماً به من قبل دون أن يخبره به أحد . ذلك أن علم المشتري بحق الارتفاق الذي يترتب عليه إسقاط ضمان البائع يجب أن يكون علماً ينطوي فيه معنى إسقاط الضمان . فكون حق الارتفاق ظاهراً كاف في جعل البائع يعتقد أن المشتري يعلم بحق الارتفاق وبرضى فيه بإسقاط الضمان . وكون البائع نفسه هو الذي تولى إعلام المشتري به كاف هو أيضاً في افتراض أن هذا الإعلام بمثابة اتفاق ضمنى على عدم الضمان . أما علم المشتري بحق الارتفاق من طريق آخر ، فلا يتواءم فيه هذا المعنى . ويترتب على ذلك أن حق الارتفاق إذا كان مسجلاً ، ولكنه لم يكن ظاهراً ولم

(١) ونقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وإعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق على المبيع يعتبر شرطاً من البائع بعدم ضمانه لهذا الحق مقترناً بعلم المشتري بسبب الاستحقاق فلا ترحع المشتري بشيء على البائع . ويقوم مقام إعلام البائع للمشتري بحق الارتفاق أن يكون هذا الحق ظاهراً للمشتري » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٠٠) .
وبلاحظ أن العبارات المتقدمة تحمل إعلام البائع للمشتري بوجود حق ارتفاق يقوم مقام دليل ، شرط عدم الضمان وعلم المشتري بسبب الاستحقاق ، كما لو كان الاتفاق على إنقاص الضمان يقتضى الأمرين معاً . والصحيح أن الذي يقتضى الأمرين معاً هو الاتفاق على إسقاط الضمان . لا على مجرد إنقاصه ، وظاهر أن عدم ضمان حق ارتفاق معين هو اتفاق على إنقاص الضمان لا على إسقاطه .

(٢) وهي تختلف عن صياغة المادة ١٦٣٨ مدني فرنسي المقابلة ، ومن ثم جاز في القانون المدني الفرنسي -- وهو أقرب إلى تقاليد القانون الروماني السالفة الذكر -- أن يحصل المشتري علمه بحق الارتفاق من أي طريق آخر (بودري وسينيا فقرة ٣٨٦ من ٣٩٦ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٠٢ من ١٠٩ - بلانبول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٨٨ - ٢٩٠) . قانون دي باج ٤ فقرة ١٤٣ .

(٣) أنظر من هذا الرأي الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي من ٢٥٥ - الأستاذ منصور مصطفى منصور من ١٨٧ - الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٠٤ (مع تحفظ في أن العلم بحق الارتفاق يحرم من التمويضات) . وأنظر عكس ذلك : الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ و ٢٥٤ و ٢٥٩ - الأستاذ جميل الشرفاوي من ٢٣٦ هامش رقم ٢ .

(٤٠١ - الوسيط ج ٤)

يعلم به البائع المشتري ، فإن مجرد نسليمه لا يستخلص منه علم المشتري به العلم
الواجب لإسقاط ضمان البائع ، فالتم بشرط البائع عدم ضمانه لحق ارتفاق مسجل
لزمه الضمان (١) .

٣٩٥ - ارتفاق على إسقاط الضمان : وقد يصل البائع إلى حد أن
بشتر على المشتري إسقاط ضمان الاستحقاق إطلاقاً (٢) ، فلا يكون البائع

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٤١ ص ٢٩٢ - الأستاذ محمد علي إمام ص ٣٤٥ -
الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٥٤ - ص ٢٥٤ - الأستاذ بويل الشرقاوي ص ٢٢٦
هامش ٢ - الأستاذ عبد المنعم البدراني فقرة ٣٠٣ - الأستاذ منصور مصطفى منصور
ص ١٨٦ - الأستاذ اسماعيل غانم ص ١٢٠ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي
فقرة ٢٥٩ ص ٢٥٨ - ومع ذلك إذا وجد شرط في البيع يقضي باحترام المشتري لحقوق
الارتفاق الخفية ، دخل ضمن هذه الحقوق حق ارتفاق مسجل ولو لم يعلم به المشتري . وقد
قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدين المزروع ملكيته قد رتب على عقاره حق ارتفاق لمصلحة
عقار آخر ، وقد حافظ صاحب العقار المخدم على هذا الحق بالتسجيل ليكون حجة على الكافة ،
وفضلاً عن ذلك تضمنت قائمة شروط البيع النص على التزام الراعي عليه المازاد احترام حقوق
الارتفاق الظاهرة والخفية ، فإن تحدى هذا الأخير بحسن نية وادعاء عدم علمه بوجود هذا الحق
يكون غير منتج (نقض مدني ١٤ أبريل سنة ١٩٥٥ مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ١٢٦
ص ٩٦٩) .

وفي القانون الفرنسي ، الذي هو أقرب إلى تقاليد القانون الروماني كما قدمنا ، يذهب أكثر
الفقهاء إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق لا يستخلص منه علم المشتري به ولا يسقط حقه
في الرجوع بالضمان : نوزان ٢٤ فقرة ٢٦٩ - جيران ١ فقرة ٤١٠ - أوبري ورو
فقرة ٣٢٠ هامش ٥٠ - بردي وينييا فقرة ٣٨٦ ص ٢٩٦ - بلانيول وريبير وبولانجي
فقرة ٢٤٣٩ - جوسران ٢ فقرة ١١٠٩ . وبهذا الرأي أخذت محكمة النقض الفرنسية
(٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٠ في اللوز الانتقادي ١٩٤١ - ١٠٧) ، ولكن يذهب بعض الفقهاء
إلى أن مجرد تسجيل حق الارتفاق يفرض علم المشتري ويسقط حقه في الضمان (بلانيول
وريبير وهامل ١٠ فقرة ٩٠٩ - كوران وكارينان ٢ فقرة ٩٠١) . ويقول بعض آخريه
مع التسليم بذلك بأن حق الارتفاق المسجل يعتبر علوماً عن المشتري ولو لم يعلم به فعلاً ، فإنه
يجب استثناء ما يدين من هذه القاعدة : (١) حقوق الارتفاق الناشئة من تخصيص رب الأسرة ،
فإنه لا يبرأ . (٢) حق الارتفاق لم يسجل إلا بعد البيع وإن كان قد سجل قبل تسجيل البيع ،
فإنه لا يكون معلوماً عن المشتري ومع ذلك يكون نافذاً في حقه فيضمنه البائع بالرغم من تسجيله
(بيديان ١١ فقرة ١٩٨) .

(٢) ويذهب شرط إسقاط ضمان التعرض للمصادرة من الغير أن يشترط البائع أنه غير مسئول
إلا من التعرض للمصادرة من الغير (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٢) .

مسئولاً إذا استحق المبيع كله أو بعضه . وقد رأينا (١) أنه إذا اشترط البائع عدم الضمان (٢) هل هذا النحو ، فإنه يبقى مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضى بغير ذلك (م ١/٤٤٦ مدني) ولكن هل يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان فيما يتعلق بالتعرض الصادر من البائع نفسه ؟ .

تجيب الفقرة الثالثة من المادة ٤٤٥ مدني على هذا السؤال ، أولاً ، بأن هذا الاتفاق يكون باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق لأجنبي يعلم أنه موجود وقت البيع . فإذا كان البائع يعلم مثلاً أن المبيع عليه حق لارتفاع خفي لعقار مجاور ، فيكتمه عمداً عن المشتري ، ثم يشترط إسقاط الضمان إطلاقاً دون أن يذكر سبباً معيناً للاستحقاق ، ثم يتبين بعد البيع أن المبيع عليه حق ارتفاع م يعلمه المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان وعلمه البائع بل هو قد أخفاه عمداً عن المشتري ، فإن البائع يضمن للمشتري الاستحقاق الناشئ من ظهور هذا الحق رغم اشتراط البائع إسقاط الضمان .

وتجيب الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدني على هذا السؤال ، ثانياً ، بأنه إذا اشترط البائع إسقاط الضمان واستحق المبيع دون أن يتعمد البائع إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري ، فإن البائع يبقى مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق (٣) بالرغم من شرط إسقاط الضمان . فيكون هذا الشرط بمجرده ، لا يعفى البائع إلا من المسؤولية عن التعويض ، أما المسؤولية عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق فتبقى دون أن يؤثر فيها هذا الشرط (٤) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٢٣٦ .

(٢) المراد بعدم الضمان هنا هو إسقاط الضمان . وهذا بخلاف عبارة « عدم الضمان » الواردة في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ مدني ، فإن المراد بها إنقاص الضمان لا إسقاطه (الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ١٨٤ هامش ١) .

(٣) ولم تذكر المادة ٢/٤٤٦ مدني الفوائد القانونية من وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٤٣٣ مدني ، ويبدو أن الفوائد تدخل في التعويضات فأغفلها النص عمداً (أنظر الأستاذ عبد النعم البدراوي ص ١٩٤ هامش ١) .

(٤) استئناف وطني ٢ فبراير سنة ١٩١٤ . كترائيم ٢ رقم ١٩٢ - ١٨٠ - وإذا كان الاستحقاق جزئياً ، ولم يكن بدسياً أو كان بدسياً ولكن المشتري اختار استيفاء المبيع ، ...

ونجيب العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة ٤٤٦ مدني على هذا السؤال ، ثالثاً ، بأنه إذا أراد البائع - الذي لم يعتمد بطبيعة الحال إخفاء سبب الاستحقاق عن المشتري - إعفاء نفسه ، لا فحسب من التعويض ، بل أيضاً من قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، فلا يكفي أن يشترط إسقاط الضمان ، بل يجب أيضاً أن يثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب الاستحقاق (١) ، أو يثبت أن المشتري عندما قبل شرط إسقاط الضمان قد اشترى ساقط الخيار أي علماً بأن البيع احتمالي وقد أقدم عليه مخاطراً (٢) . فني هاتين الحالتين - حالة شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وحالة شرط إسقاط الضمان مع قبول المشتري البيع ساقط الخيار - يكون من الواضح أن البيع عقد احتمالي أقدم عليه المشتري محتملاً خطره ، وقد روعي ذلك بطبيعة الحال في تقدير ثمن المبيع . وعند ذلك إذا استحق المبيع ، لم يكن البائع مسئولاً نحو المشتري عن شيء (٣) . ولا يشترط في إعفاء البائع من الضمان على هذا النحو

= فلا يترد الثمن قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، بل يترد ما نقص من قيمة المبيع وقت الاستحقاق بسبب هذا الاستحقاق الجزئي (الأستاذ جليل الشرفاوي ص ٢٦٧ هامش ١) .

(١) استئناف وطني ١٧ مارس سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٧٩ ص ١٥٥ - ٢٠ فبراير سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ رقم ١٩٢ ص ١٨٠ - ٦ يناير سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٦٦ ص ١٠٨ - استئناف مصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الحاماة ٦ رقم ٢/٢٠٠ ص ٤٢٨ - استئناف مختلط ٣٠ ديسمبر سنة ١٩١٣ م ٤٦ ص ١١٣ - ١٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤١٥ - ٣٠ أكتوبر سنة ١٩١٧ م ٣٠ ص ١٣ - ٣١ يناير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٨٧ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٢٢٠ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٤ - ٢٥ يونيو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٩١ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٧ - ١٧ مايو سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٢٠ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣٨ م ٤١ ص ١٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٣٩ م ٤١ ص ٢٠٧ .

ويستوى أن يكون البائع نفسه علماً وقت البيع بسبب الاستحقاق أو غير عالم بذلك (بودوي وسينيا فقرة ٤٠٩ ص ٤١٧) .

(٢) استئناف وطني ١٢ مارس سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٩١ ص ١٦٧ .

(٣) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى : « ويكون البائع غير مسئول عن رد ثمنه ما إذا ذهب شرط عدم الضمان أحد أمرين : علم المشتري بسبب الاستحقاق أو سرازه ساقط الخيار ، لأن البيع في هذه الحالة يكون عقداً احتمالياً » (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٠٦) - وقد كان هذا هو الحكم في عهد التفنين المدني السابق : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٤ م ٤ ص ١٤٩ - ٢٢ أبريل سنة ١٩١٦ م ٨ ص ٢٤٤ - ٤ مايو =

أنماط خاصة ، أو أن يكون شرط إسقاط الضمان مقررًا بعبارة أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، بل يكفي في ذلك أن يكون شرط إسقاط الضمان واضحاً فيه أن المقصود به هو جعل البيع عقدًا احتماليًا . وأنه في حالة استحقاق البيع لا يكون البائع مسئلاً عن شيء . فيجوز أن يصاغ شرط عدم الضمان بما يفيد هذا المعنى دون أن يذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، كما يذكر المشتري أنه لا يرجع حتى بتبعية المبيع ، أو يذكر البائع أنه لا يريد شيئاً إضافياً ، أو نحو ذلك . بل يجوز أن يكفي المتبايعان بذكر أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار ، دون أن يذكر شرط إسقاط الضمان (١) . ذلك أن شراء المشتري ساقط الخيار يفترض حتماً شرط إسقاط الضمان ، أما شرط إسقاط الضمان فلا يفترض حتماً أن المشتري قد اشترى ساقط الخيار (١) .

= سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٦ - ١٧ يولية سنة ١٩٢٠ م ٢٢ ص ٣٥٧ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩ - ١٧ مايو سنة ١٩٢١ م ٢٢ ص ٣٤٣ . وقد قضت محكمة الاستئناف بأن من حق المشتري ، حتى في هذه الحالة ، أن يدخل البيع ضمنياً في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه من الأجنبي سبب يتعاون معه في دفع الدعوى ، فإذا حكم المستحق بالردم عن ذلك لم يكن للمشتري أن يرجع بضمان الاستحقاق على البائع (١٠ ديسمبر سنة ١٩٠٣ م ١٦ ص ٤٢) . ويجب على كل حال ، في حالة شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بسبب الاستحقاق وشرط قبول المشتري الشراء ساقط الخيار ، أن يكون البائع حسن النية ، أي يكون قد أطلع المشتري على كل سبب يعلمه بحتم أن يكون مصداقاً للاستحقاق (استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٨ - ١٢ يناير سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ١١٣) .

(١) بودري وسيبيا فقرة ٤٠٩ ص ١٧ - الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ١٩٠ - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٤ .

(٢) ولا يكفي لإسقاط الضمان أن يكون المشتري مالئاً بسبب الاستحقاق وقت البيع ، دون أن يكون هناك شرط بعدم الضمان (بودري وسيبيا فقرة ٤٠٩ ص ١٧ - ص ٤١٨) . هذا وقد نصت المادة ٤٦٠ من المرافعات على أن كل شرط في قائمة شروط البيع يقتضي عدم ضمان الاستحقاق أو بأن يكون الشرط ساقط الخيار لا يقتضي عليه إلا الإعانة من الغير بطلب لاعتقود الثمن . فلهذا النص يتطابق الأحكام التي قد يطالب بها المأجورون : (أولاً) شرط عدم ضمان الاستحقاق وحده لا يفي من رد الثمن ، وإنما يفي من رد ثمن البيع وقت الاستحقاق . (ثانياً) شراء المشتري ساقط الخيار كأنه من الواجب أن يفتقر إلى الضمانات ، كما ظهر أن نص نصيب المرافعات لم يفتقر مع نسو من القدر المأجور . ولكن كما هو ذلك لا يجوز أن يطالب المأجور ، مع الأستاذ بودري (فقرة ٣٢١) ، بأن الأحكام الواردة في المرافعات المرافعات تفسر في الغالب بما يفي المأجور ، ولا سيما في المأجور المأجور المأجور .

المبحث الرابع

ضمان العيوب الخفية

وفوات الوصف

٣٦٠ - **فصوصية صمان العيوب الخفية :** وضمان العيوب الخفية ،

كضمان التعرض والامتحاق ، يتميز بنقرات ذاتية وخصوصية نجعله ليس تطبيقاً محضاً للقواعد العامة . فقد كان من الممكن الاستغناء عن كثير مما ورد من النصوص المتعلقة بهذا الضمان والاكتفاء بتطبيق القواعد العامة إذا ظهر عيب خفي مؤثر في المبيع كان موجوداً وقت البيع ولم يكن المشتري عالماً به . فيقال عندئذ إن البائع لم يقم بتنفيذ التزاماته ، فمن المفروض أن البائع قد التزم بأن ينقل إلى المشتري لا ملكية المبيع فحسب ، بل أيضاً حيازة مفيدة تستجيب للغرض الذي أعد له المبيع . فظهور عيب خفي مؤثر في المبيع ، من شأنه أن يجعل المبيع غير صالح للغرض الذي أعد له ، يكون إخلالاً بالتزام البائع ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع . بل يمكن القول أيضاً إنه ما دام هذا العيب المؤثر كان موجوداً وقت البيع وكان المشتري لا يعلمه ولو علمه لما أقدم على الشراء ، فان للمشتري أن يطلب إبطال للبيع لغلط جوهرى في المبيع .

ولكن دعوى ضمان العيوب الخفية تتميز عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال للغلط ، كما تميزت دعوى ضمان التعرض والامتحاق عن دعوى الفسخ وعن دعوى الإبطال لوقوع البيع على ملك الغير . وسنرى أن هذه الدعوى لها شروطها الخاصة بها ، وأنه يترتب عليها أحكام خاصة تستبعد فكرة الفسخ وفكرة الإبطال

= يرجع على الدائنين بالتمن على قاعدة الإثراء بلا سبب ، ولا يفهم شرط عدم الضمان أو إقرار المشتري أنه اشترى صانط الخيار إلا من التضمينات) ، أما أحكام التقنين المدنى فتنق سارية فيما بين الراى عليه المازاد والبائع (قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٦٥ والأستاذ منصور مصطاف منصور ص ١٩٠ - ص ١٩١) .

وتجمل التعويض فيها بعيداً عن أن يكون محض تطبيق للقواعد العامة . وسرر
أن من أبرز ما يميز هذه الدعوى أنها لا تجوز في البيوع القضائية ولا في البيوع
الإدارية إذا كانت بالمراد (م ٤٥٤ مدني) ، وأنها تسقط بالتقادم إذا انقضت
سنة من وقت تسليم المبيع (م ٤٥٢ مدني) . وسنعتقد في آخر هذا المبحث
موازنة بينها وبين ما يقرب منها من النظم القانونية كالإبطال للغلط أو للتدليس
والفسخ لعدم التنفيذ .

والسبب في تميز دعوى ضمان العيوب الخفية بمقوماتها الخاصة يرجع ،
كما رأينا ، يرجع في تميز دعوى ضمان التعرض والاستحقاق ، إلى تقاليد تاريخية
تمت بأوثق الصلات إلى القانون الروماني . فقد كان في روما موظفون في الدولة
(Ediles curules) يعهد إليهم في ضبط المعاملات التي تقع في الأسواق العامة .
فعنوا ، فيما عنوا به ، بالتعامل في الحيوان وفي الرقيق . فقد كانت العيوب فيها
شائعة يسهل إخفاؤها ، وكانت الأيادي تتداولها . فأوجبوا على البائع أن يعلن
ما في المبيع من عيوب ، وجعلوا للمشتري إذا عثر على عيب لم يكشف عنه
البائع دعويين : (١) دعوى رد المبيع على البائع (actio redhibitoria-action
(redhibitoire-redhibere : reprendre) ، وهي دعوى جنائية برد بها المشتري
المبيع على البائع ويسترد منه ضعف الثمن الذي دفعه له . (٢) ودعوى إنقاص الثمن
(actio aestimatoria, quanti minoris-action estimatoire) ، وبها
يسترد المشتري من البائع بعض الثمن الذي دفعه في مقابل العيب الذي كشفه إذا
أراد استبقاء المبيع (١) . وكان المشتري بالخيار بين هاتين الدعويين ، على أن
يختار بينهما في مدة قصيرة بضع من شهور ، إذ كانت سرعة التداول في الحيوان
تجعله ينتقل من يد إلى يد فيعسر على البائعين المتعاقبين أن يكشفوا عما في الحيوان
من عيوب حتى يعلنوا بها المشتري ، لهذا إلى الخشية من مزاحم المشتري البائع
في البيع بغيره وجودها بعد مدة طويلة فتعذر معرفته بصدورها ، ثم إنه هذا
الجزء من بيع الحيوان والرقيق إلى بيع السلع الأخرى ، فهي عم في هذا

(١) بيان (١) فقرة ٢١٧ - كروني وداويشاه ٤ ص ١١١ .

جوستنيان (١) . فأصبح بذلك لضمان العيوب الخفية مقومات خاصة انتقلت من القانون الروماني إلى التشريعات الحديثة (٢) لمسايرتها لضرورات التعامل ، فالمدة القصيرة التي يجب أن ترفع فيها دعوى ضمان تستجيب لضرورة استقرار التعامل حتى لا يدعى المشتري العيب في المبيع بعد انقضاء وقت طويل بتعذر معه التعرف على مصدر العيب ، والخيار الذي أعطى للمشتري يستجيب لحالة ما إذا أراد المشتري استبقاء المبيع بالرغم مما لحقه من العيب فيكون من حقه إنقاص الثمن (٣) .

٣٦١ - سُمُول ضَمَانِ الْعُيُوبِ الْخَفِيَّةِ : وَضَمَانِ الْعُيُوبِ الْخَفِيَّةِ ، كَضَمَانِ التَّعَرُّضِ وَالْإِسْتَحْقَاقِ ، يَجَاوِزُ نِطَاقَهُ عَقْدُ الْبَيْعِ إِلَى كُلِّ عَقْدٍ نَاقِلٍ لِلْمِلْكِيَّةِ ، بَلْ وَإِلَى كُلِّ عَقْدٍ يَنْقَلُ الْإِنْتِفَاعُ ، وَبِخَاصَّةٍ إِذَا كَانَ مِنْ عَقُودِ الْمَعَاوِضَاتِ . ذَلِكَ أَنَّ مَنْ يَنْقَلُ الْمِلْكِيَّةُ أَوْ الْإِنْتِفَاعُ إِلَى شَخْصٍ آخَرَ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَنْقَلُ حِيزَاةً

(١) ويقابل هذا الذي حدث في القانون الروماني ما يعرف في الفقه المالكي بالعهد ، فيفترض أن العيب إذا حدث عند المشتري في مدة معينة يكون كامناً في المبيع وقت أن كان في يد البائع ، فيحمل البائع عهده ويكون مسئولاً عنه . قال ابن رشد في بداية المجتهد (جزء ٢ ص ١٤٤ - ص ١٤٦) : « انفراد مالك بالتقول بالعهد دون سائر فقهاء الأمصار » وسلفه في ذلك أهل المدينة والفقهاء السبعة وغيرهم . ومعنى العهد أن كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع . وهي عند القائلين بها عهدتان : عهدة الثلاثة الأيام وذلك من جميع العيوب الحادثة عند المشتري ، وعهدة السنة وهي عن العيوب الثلاثة الجزام والبرص والجنون فحدثت في السنة من هذه الثلاثة بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشتري على الأصل . وعهدة الثلاثة عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء ، والنفقة فيها والضمان من البائع . وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضمان من المشتري ، إلا من الأدوات الثلاثة . وهذه العهدة عند مالك في الرقيق ، وهي أيضاً واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه الماكسة والمأكرة وكان بيعاً لا في الذمة . وهذا ما لا خلاف فيه في المذهب (مصادر الحق في الفقه الإسلامي للمؤلف ٤ ص ٢٧٣ هامش ٢) .

(٢) فانتقلت - عدا التقنينين المصري والفرنسي - إلى التقنينين الإيطالي القديم (م ١٤٠١ وما بعدها) ، وإلى التقنينين الأسباني (م ١٤٨٦ وما بعدها) ، وإلى تقنين الالتزامات السويسري (م ١٩٧٧ وما بعدها) ، وإلى التقنين الألماني (م ١٩٤٩ وما بعدها) .

(٣) بيدان ١١ فقرة ٢٤٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢٤ - كولان وكايبنتان ٢ فقرة ٩٢٠ وفقرة ٨٩٢ ص ٥٩٨ .

عقيدة تمكن من انتقلت إليه من الانتفاع بالشئ فيما أعد له ، ومن ثم يجب أن
يضمن العيوب الخفية التي تعرف هذا الانتفاع .

ولكن لما كان عقد البيع هو العقد الرئيسي ، يلتزم فيه البائع بنقل
الملكية والحيازة ، فقد وضعت فيه القواعد العامة لضمان العيوب الخفية ، وأشير
إلى هذه القواعد في العقود الأخرى مع ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات
خاصة به ، لا سيما في عقود البيع حيث نقل الملكية أو الانتفاع دون عوض
يكون من شأنه التخفيف إلى حد كبير من أحكام ضمان العيوب الخفية .

ففي عقد المقايضة نص بوجه عام على أن تسرى على المقايضة أحكام البيع
بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة (م ٤٨٥ مدني) . وفي عقد الشركة نص
على أنه إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق منفعة أو أي حق عيني
آخر ، فإن أحكام البيع هي التي تسرى في ضمان الحصة إذا ظهر فيها عيب
أو نقص ، أما إذا كانت الحصة مجرد الانتفاع بالمال فإن أحكام الإيجار هي
التي تسرى (م ٥١١ مدني) . وفي عقد القرض نص على ضمان العيب الخفي ،
فميز بين القرض بأجر والقرض بغير أجر ، وعدلت الأحكام بما تقتضيه طبيعة
كل نوع من مدينين النوعين (م ٥٤١ مدني) . وفي عقد الإيجار تناولت
النصوص العيوب الخفية على النحو الذي اتبع في عقد البيع ، مع إنه خالف
ما تقتضيه طبيعة عقد الإيجار من تعديلات على أحكام الضمان (م ٥٧٦ - ٥٧٨ مدني) . وكذلك الأمر في عقد المعاونة (١) (م ٥٥١ - ٦٥١ مدني) ، وفي عقد
الحبة وهو عقد البيع الرئيسي فأنجز ضمان العيوب الخفية في نطاق عقود
القرض منحة التبرع (م ٤٩٥ مدني) ، وفي عقد العارية (٢) (م ١٢٧/٢ مدني) .

(١) أنظر في أن أحكام العيب الخفي الخاصة بالبيع لا تسري في عقد المعاونة إذا كان
البيع بهذا العقد ، ففرض مدني ١٤٨ مدني ١٩٥٠ بحسب الأحكام الخاصة ١ رقم ٢٩
من ١٥٧ .

(٢) أنظر قراراً بالإلزام في العقود ١٩١٣ - ١٠٠ - ١١٣٠ ، وفيه يفتي بأن
مع شركة التأمين البحرينية رقم ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ وفيه تطبق أحكام ضمان العيب الخفي
الواردة في عقد البيع في حالة ظهور عيوب في البواب التي كانت من شأنها تأمين
حازيرة ، ويقرر أن العقد معاونة فلا تسري عليه أحكام عقد البيع ثم العيوب الخفية .

٣٦٢ - المسائل التي يقارنها البحث : ونجرب في بحث ضمان العيوب الخفية كما جربنا في بحث ضمان التعرض والاستحقاق ، فننظر متى يقوم الضمان ، وما يترتب على قيامه ، والاتفاق على تعديل أحكامه ، ونضيف إلى ذلك تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية الأخرى .

١٥ - متى يقوم ضمان العيوب الخفية

٣٦٣ - مسائل أربع : ونجرب هنا أيضاً على النحو الذي جربنا عليه في ضمان التعرض والاستحقاق ، فنبحث : (أ) العيوب الموجبة للضمان . (ب) المدين في الضمان . (ج) الدائن في الضمان . (د) البيع الذي ينشئ الضمان .

٣٦٤ - ١ - العيوب الموجبة للضمان - النصرة القانونية :
نسب المادة ٤٤٧ من التقنين المدني على ما يأتي :

« ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو الغرض الذي أعد له ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده » .

٢ - ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يكتشفها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه » .

= ويدعبل بلانيول في هذا التعليق إلى وجوب صريان هذه الأحكام لا في عند البيع فحسب ، بل أيضاً في كل العقود الأخرى إذا كانت عقود معارضة ناقلة للملكية (بلانيول وريبير وهامل ١٠٠ ص ١١٠ هامش ١) .

وتنص المادة ٤٤٨ على مايلي :

« لا يتضمن الرأع عيياً جرى التعرف على التسامح فيه (١) .

وتقابل هذه النصوع في التفتين المثلث السابق المراد ٣٨٧/٣١٣ و ٣٢٠ و ٣٩٥ و ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ (٢) .

(١) تاريخ النصوع :

م ٤٤٧ : ورد هذا النص في التفتين الأول والثانية من المادة ٤٩٢ ، وفي المادة ٤٩٤ ، من المشروع التمهيدى على توجه الآتى : م ٥٩٣ : ١ - يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر فى المبيع ، وقت التسليم ، الصفات التى قرر البائع أنها موجودة فيه ، أو إذا كان المبيع عيب ينقص من قيمته أو من فاعه ، حسب ما قصد إليه المشتري ، كما هو مبين فى المقدم ، أو كما هو ظاهر من طبيعة الشئ ، أو من الفرض الذى أعد له هذا الشئ . ٢ - ويضمن البائع هذا العيب حتى لو لم يكن مائلاً بوجوده . م ٥٩٤ : ١ - ومع ذلك لا يتضمن البائع العيوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو التى عرفها عند الفرز إذا كان المبيع من المثليات . ٢ - وكذلك لا يتضمن البائع عيباً كان المشتري يستطيع أن يكتيه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت للمشتري أن البائع قد أكد له نفاو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تمتداه للعيب عن نفي عنه . وفى لجنة المراجعة أذبت المادتان فى مادة واحدة لأن العناية تكلفه ضرورية للأول ، وأجريت بعض تعديلات لفظية ، وعصارت المادة رفقها ٤٩٠ فى المشروع النهائى ، ووافق عليها مجلس النواب بعد تعديل لفظى . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ بعد تعديل لفظى آخر . وقد أن استبدل بمباراة « بما ينبغي من العناية » الواردة فى الفقرة الثانية بمباراة « بعناية المراقب » ، أخذاً بالمعيار العام فى العناية ، نحصار النص . مطابقاً لما استقر عليه فى التفتين المثلث الجديد وأصبح رفق ٤٤٧ . ووافق عليه مجلس الشيوخ كما عدت بملت (مجموعة الأعمال التشريعية) من ١٠٩ و من ١١١ - من ١١٢) .

م ٤٤٨ : ورد هذا النص فى المادة ٤٩٣ ، الفقرة الثالثة من المشروع التمهيدى على توجه يضاف ما استقر عليه فى التفتين الذى الجديد . واقتراح لى لجنة المراجعة فصل هذه الفقرة الثالثة من المادة ٤٩٣ لأنها تقرر حكماً مستقلاً ، ووافقت اللجنة على ذلك ، وأصبح رقم النص المثلث المادة ٤٩١ فى المشروع النهائى ، ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٨ (مجموعة الأعمال التشريعية) من ١١٣ - ١١٤) .

(٢) التفتين المثلث السابق م ٣٨١/١١٢ : كالتى فى مان المشتري العيوب الخفية فى المبيع (إذا كانت تنقص القيمة التى اعتبرها المشتري ، أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له . م ٣٩٥/٣٢٠ : لا يرد ضمان الرأع إذا كان العيب ظاهراً أو علم به المشتري عملاً قرضياً . م ٣٩٧/٣٢٢ - ٣٩٨ : لا يكون العيب سرجياً للضمان إلا إذا كان عيباً ، واندره بالبيع التليم للمشتري ، كما هو وقت كمين فى البيع (إذا كان سرجياً عيباً ، أو كان العيب عيباً غير التليم وقت البيع ، إذا لم يكن سرجياً عيباً .

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤١٥ - ٤١٦ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٣٦ - ٤٣٧ -
وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٥٨ - ٥٥٩ - وفي تقنين المراجبات والعقود
اللبناني المواد ٤٤٢ - ٤٤٥ و ٤٦٠ (١) .

= (ولا فرق في الأحكام ما بين التقنين السابق والجديد ، فيما عدا بعضاً من الفروق أهمها
ما بيته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى على الوجه الآتى : (١) اتخذ التقنين الجديد معياراً
مادياً في تحديد ما إذا كان العيب مؤثراً ، أ.أ. التقنين المدني السابق فالمعيار فيه تارة مادي (عدم
صلاحية المبيع لما أعد له) وطوراً ذاتي (نقص القيمة التي اعتبرها المشتري) . (٢) ينقص التقنين
السابق أن يحدد معنى خفاء العيب تحديداً كافياً ، أما التقنين الجديد فقد بين ذلك في وضوح .
(٣) زاد التقنين الجديد على التصيلات الهامة ، فذكر أنه يمكن لاعتبار العيب مؤثراً أن يخلو
المبيع من صفة قرر البائع أنها موجودة فيه ، ونص على أن العيب لا يكون مؤثراً إذا كان قد
جرى العرف على التسامح فيه ، وقرر أن تأكيد البائع بأن المبيع خال من العيب أو تعمد إخفاءه
يحملة ضماناً للعيب حتى لو لم يكن خفياً ما دام المشتري لا يعلمه : مجموعة الأعمال التحضيرية ٤
ص ١١١ - يضاف إلى هذه الفروق الثلاثة فرق رابع هو أن التقنين السابق اعتد في وجود العيب
برقت البيع في اثنين المينة بالذات وبوقت التسليم في العين غير المينة إلا بالنوع ، وهذا لا يصح
إلا في قانون كالتقانون الفرنسي يجعل تبعه تبع المبيع قبل التسليم على المشتري لا على البائع ،
أما حيث تكون تبعه التبع قبل التسليم على البائع كما في القانون المصري فالواجب ضمان البائع
للمبيع متى وجد قبل التسليم ولو في العين المينة بالذات ، وهذا ما نص عليه صراحة التقنين الجديد) .
(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤١٥ - ٤١٦ (مطابقتان
للمادتين ٤٤٧ - ٤٤٨ مصري - وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
عمرة ١٩٦ - فقرة ٢٠٤) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٦ - ٤٣٧ (مطابقتان للمادتين ٤١٧ : ٤١٨ مصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٥٨ : ١ - إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً
إن شاء رده وإن شاء قبله بنصفه المسمى . ٢ - والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار
وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه . ويكون
قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم .
م ٥٥٩ : لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه ، أو كان يستطيع أن يتبينه بنفسه
إلا أنه يضمن المبيع بما ينبغي من العناية ، إلا إذا أثبت أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا
العيب أو أخفى عنه العيب غشاً منه .

(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنين المصري والعراقي - أنظر في القانون المدني
العراقي الأسس - نفس القانون فقرة ٣٤٤ - فقرة ٣٤١ - الأستاذ عباس - من الصراف
عمرة ١٩٧٧ - فقرة ٢٠٢) .

وَمُخْلِصٌ مِنْ هَذِهِ النُّصُوصِ أَنَّ الْعَيْبَ فِي الْمَبِيعِ حَتَّى يَوْجِبَ الظُّهْرَ الْعَيْبَ .
تتوافر فيه شروط أربعة : (١) أن يكون مؤثراً (٢) وأن يكون قدماً (٣) .
يكون خفياً (٤) وأن يكون غير معلوم للمشتري (١) .

٣٦٥ - (١) يجب أن يكون العيب مؤثراً - والعيب المؤثر له، يجب

للضمان هو العيب الذي يقع في مادة الشيء المبيع ، فمقياس العيب هنا موصري
محض (٢) . وتزداد موضوعية المقياس وضوحاً بالرجوع إلى الضوابط التي وضعها
الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني ، فإن النص يشترط كما رأينا أن يكون بالمبيع
عيب « ينقص من قيمته » ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو

= تقنين المراجعات والفرد البناني م ٤٤٢ : يضمن البائع عيوب المبيع التي تنقص قيمته نقصاً
محسوساً أو تجعله غير صالح للاستعمال فيما أمده له بحسب ماهيته أو بمقتضى عند البيع . أما العيب
التي لا تنقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به إلا نقصاً خفيفاً ، والعيوب المتسامح بها عرفاً ،
فلا تستوجب الضمان . وينسب البائع وجود الصفات التي ذكرها هو ، أو اشترط في شأري وجودها .
م ٤٤٣ : أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة حالها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار
ذات الثلاف اليابس ، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها صراحة أو كان العرف المثل
يوجب عليه هذا الضمان .

م ٤٤٤ : إذا انعقد البيع بحسب نموذج ، فالبائع يضمن وجود صفات النموذج في انبضاء
المبيعة . وإذا هلك أو ناله عيب ، فعل المشتري أن يثبت عدم انطباق البضاعة عليه .
م ٤٤٥ : لا يضمن البائع إلا للعيوب الموجودة وقت البيع إذا كان المبيع عيناً معينة كالنساء
أو وقت التسليم إذا كان المبيع مثلاً وقد بيع بالوزن أو بالقياس أو بحسب الرسم .
م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن العيوب التي سبق للمشتري أن
عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولاً حتى عن العيوب التي كان من السهل
على المشتري أن يعرفها إذا صرح البائع بخلو المبيع منها .
(وشروط العيب الموجب للضمان واحدة في التقنينين المصري والبناني) .

(١) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المحاماة ٤ رقم ٧٠٠ ص ٩٢١ - والمشتري هو
الذي يقع عليه عبء إثبات توافر هذه الشروط ، وهي كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع
ويدخل في ذلك البيئة والقرائن ، وبخاصة رأى الخبراء الفنيين (لوران ٢٤ فقرة ٢٨٦ -
أوبري وروه فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٢ - بلانيول ورييرو هامل ١٠ فقرة ١٢٨ ص ١٤٢ -
أنسيكلوبيدي دالوز ه لفظ vice Réd. فقرة ٩٠ - فقرة ٩٧ - الأستاذ عبد المنعم البدراني
فقرة ٣٤١) .

(٢) جوسران ٢ فقرة ١١١٩ .

مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له (١) .
 فالعيب إذن قد يكون من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء المادية ، أو من نفعه
 المادى ، وقيمة الشيء ونفعه أمران متميزان . فقد ينقص العيب من قيمة الشيء
 دون أن ينقص من نفعه ، كما إذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع الأغراض
 المقصودة ولكن بها عيب خفى في المقاعد أو في الغطاء أو في غير ذلك من أجزائها
 مما لا يؤثر مطلقاً في صلاحيتها للسير والرفاء بجميع الأغراض المقصودة منها ،
 فإذا كان هذا العيب مثيراً بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصاً محسوساً كان
 للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى . وقد ينقص العيب من نفع
 الشيء دون أن ينقص من قيمته ، كما إذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب
 خفى يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها
 لا تزال محتفظة بقيمتها المادية ولو كان هذا العيب معروفاً لما قلل من هذه
 القيمة . فإذا كانت المنفعة التي تفوت المشتري بهذا العيب من المنافع المقصودة (٢) ،
 كان له أن يرجع بضمان العيب الخفى . وتحديد المنافع المقصودة من المبيع معياره
 أيضاً برضى محض ، ويستفاد من أمور ثلاثة بينها الفقرة الأولى من المادة
 ١٦٤ مدنى : ما هو مبين في العقد ، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء ، أو
 الغرض الذي أعد له .

فقد يحناط المشتري ويبين في عقد البيع الأغراض المقصودة من المبيع ،
 فيجب عندئذ أن تعتبر هذه الأغراض جميعاً منافع مقصودة من المبيع ، فإذا
 كان بالمبيع عيب خفى يخل بأية منفعة منها إخلالاً محسوساً كان للمشتري الرجوع
 على البائع بضمان العيب الخفى ، وليس من الضروري أن تكون المنافع المذكورة
 في العقد هي المنافع المألوفة ، فقد يشترط المشتري على البائع منافع أخرى قصد

(١) وتناول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « ويرجع في تقدير ذلك إل معيار مادى
 ... إل إل المتعاقدين كما هو مبين في العقد - أى الإرادة الظاهرة - وإل طبيعة الشيء ، وإل
 الغرض الذى أعد له - فيعتبر أن هناك عيباً مثيراً إذا خلا المبيع من صفة تقرر البائع أنها موجودة
 فيه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٠) .

(٢) وقد تكون المنافع كمالية ولكنها تكون مع ذلك مقصودة (أنسيكلويدى دالموزة لفظ
 Vice Fect ١٨ - وتناول أوبرى ورو دفترة ٢٥٥ مكررة من ٨٢ - بذايول وريبير
 وسرلاجيه ٢ فقرة ١٢٧٨) .

إليها فكفلها له البائع في عقد البيع ، كما إذا اشترط المشتري أن تكون السيارة المبيعة يسهل عليها السير في الطريق غير الممهدة أو أنها تصل إلى سرعة أعلى من السرعة المألوفة أو أنها لا تستهلك من الوقود إلا قدرًا معيناً ، فإذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه ، كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ولو لم يكن خلو المبيع من هذه الصفات هو في ذاته عيب بحسب المألوف في التعامل بين الناس ، مادام البائع قد كفل للمشتري هذه الصفات (١) . وهذا مما يدعى في الفقه الإسلامي بخيار غوات الوصف المرعوب فيه ، وقد نصت عليه صراحة الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدني حين قالت : « إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه . . . وليس من الضروري أن تكون الصفات التي كفلها البائع للمشتري المذكورة صراحة في عقد البيع ، بل يكفي ذكرها ضمناً ، فالبيع بالعينة (échantillon) أو البيع طبقاً لنموذج (type) مفروض به أن يكون المبيع مطابقاً للعينة أو للنموذج ، فإذا اختلفت المطابقة كان هذا عيباً مؤثراً موجباً للضمان ، ويرجع وجود العيب في هذه الحالة إلى اختلال الصفات التي كفلها البائع للمشتري ضمناً بالبيع طبقاً لعينة أو لنموذج (٢) »

(١) أنصر مع ذلك في التمييز بين العيب بمعنى الآفة الطارئة على المبيع وبين تخلف شرط كفالة البائع، وفي أن تخلف الشرط حالة مستقلة لا تعدو أن تكون إخلالاً بشرط في العقد ولكن المشرع أحرى عليها أحكام العيب الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٥ - ٢١٩ .

(٢) كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٢٢ - وقارن استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٨٥ .

ويرى من ذلك أن العبرة في العيب المؤثر بالغرض الذي أعد له المبيع، ويستفاد هذا الغرض من اتفاق المتعاقدين . وليس المقصود أن يمتد في تعدد العيب المؤثر، بالصفات الجوهرية التي دخلت في اعتبار المتعاقد كما هي الحال في الغلط، فهذا معيار ذاتي وينشئ مع فكرة الغلط . فلو أن الصفة الجوهرية التي كانت محل اعتبار أحد المتعاقدين لم تكن محل اعتبار المتعاقدين الآخر . . . كان هذا يعلم بالغلط الذي وقع فيه المتعاقد الأول ، فلا تزال هذه الصفة الجوهرية — وهي أمر نفسي — معتداً بها في الغلط ويكون العقد قابلاً للإبطال . أما في العيب المؤثر بالغرض الذي يستفاد من العقد يجب أن يكون متفقاً عليه بين المتعاقدين ولا يكفي أن يكون هو غرض المشتري وحده ولو علمه البائع ولكن لم يتفق معه عليه ، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي (قارن الأستاذ بيل ليرناوي ص ٢٧٥ هامش ١)

فإذا لم يذكر المتبايعان شيئاً - لا صراحة ولا ضمناً - من المنافع المقصودة من البيع ، وجب لتحديد هذه المنافع الرجوع إلى طبيعة الشيء . فإذا كان البيع دار للسكنى ، أملت طبيعتها الأغراض المقصودة منها ، فإذا كان بها عيب يخل بشيء من هذه الأغراض إخلالاً شرساً رجع المشتري على البائع بالضمان . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، فإن طبيعتها تحدد المنافع المقصودة منها ، فلا يشترط أن تكون صالحة إلا للمحصولات العادية ، فإذا وجد بها عيب يخل بهذه المنافع وجب على البائع الضمان . وإذا كان المبيع متجراً ، فطبيعته أيضاً تحدد لمنافع المقصودة منه ، ولا يكون المتجر صالحاً للغرض الذى أنشئ من أجله إلا إذا كان مستقراً فى مكانه ، فإذا تبين أن إيجار المكان الذى أقيم فيه المتجر مشوب بعيب وطلب المالك إبطاله ، كان هذا عيباً خفياً فى المتجر يوجب الضمان (١) . وإذا كان المبيع حقاً شخصياً مكفلاً برهن ، وكشف المشتري المحال له عن أن الرهن غير مفيد أو عن أن قيده لم يجدد ، كان هذا عيباً خفياً فى المبيع يتلاءم مع طبيعته . فطبيعة الشيء إذن هى التى تحل المنافع المقصودة منه ، وهى التى تحدد العيوب التى تحل بهذه المنافع . فإذا كان المبيع شيئاً مادياً كانت رتب مادية ترجع إلى طبيعته . وإذا كان شيئاً معنوياً رجعت العيوب أيضاً إلى طبيعة المبيع وصارت شيئاً معنوياً (٢) .

(١) ولكن لا يعتبر عيباً مؤثراً ، فى بيع عقيدية ، أن يجد المشتري بعض الديون التى للعقيدية فى ذمة الغير معقدة دون أن تكون هذه الديون المسددة قد دخلت فعلاً فى الخزائنة ، لا سيما إذا ثبت أن البائع ، وهو وارث صاحب العقيدية ، لا علم له بصورية هذا السداد وأنه منه حساب ، الشئ قد انتطع نسبة معينة من إيراد العقيدية فى تغير مصروفات التحصيل والخسائر (استئناف مختلط ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٨٢) .

(٢) فالبلور التى يتبين أنها لم تنتج تكون مشوبة بعيب خفى ، وقد يتبين ذلك من مفاهاة الأراضى الزراعية المجاورة التى أنتجت فيها بلور من نوع آخر وقد عرفت فى جميع الأراضى على نهد واحد (بودرى وسينيا فقرة ٢٥ مكررة رابعاً) . ويعتبر عيباً خفياً فى السندات أن يتبين أنها استهلككت قبل شرائه ، أو أن الشركة التى أصدرتها باطلة أو صفيت (بودرى وسينيا فقرة ٢٦ و فقرة ٣٩ مكررة ، وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ١٥) ، وفى المتجر أن سميت ونصفت (الأستاذ محمد إمام ص ٢٨٠) أو ماوت سميت (الأستاذان أحمد عيسى والملاى رحمان زك من ٣٩٧ هامش ١) . وإذا كان المبيع بفضاعة يشوبها عيب فى العينة ، =

وقد يخصص من طبيعة الشيء الغرض الذى أعد له هذا الشيء ، فيرجع إلى هذا الغرض لتحديد المنافع المقصودة من المبيع والعيوب التى تخل بهذه المنافع . فإذا كان المبيع غرضاً حددت طبيعته كما سبق القول الأغراض المقصودة ، فإذا كان الغرض معداً للسباق واختره المشتري على هذا الاعتبار ، فإن الغرض الذى أعد له الغرض يخصص المنافع المقصودة منه وهى أن يكون صالحاً للسباق . فإذا تبين أنه غير صالح له كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان ، ولو كان الغرض صالحاً لجميع الأغراض الأخرى . وإذا كان المبيع أرضاً زراعية أعدت لزراعة الفاكهة أو الزهور ، وجب الاعتداد ، لا بطبيعة المبيع فحسب ، بل أيضاً بالغرض الذى أعد له ، وهو هنا زراعة الفاكهة أو الزهور ، فإذا لم تكن الأرض صالحة لزراعة هذه الأصناف ، كان هذا عيباً ضمنياً موجباً للضمان ، ولو كانت الأرض صالحة للمحصولات الأخرى .

وتقرر المادة ٤٤٨ مدنى ، كما رأينا ، أن البائع لا يضمن عيباً جرى العرف على التسامح فيه . فقد يكون العيب مؤثراً على النحو الذى سبق بيانه ، ولكن العرف فى التعامل جرى على عدم اعتباره عيباً ، فعند ذلك لا يكون عيباً موجباً للضمان . وقد جرى العرف على التسامح فى بعض عيوب القمح من ناحية استعماله على كبة مألوفة من الأتربة (١) ، وفى بعض عيوب القطن إذ للقطن مراتب متدرجة كل مرتبة منها يحددها العرف ففى استوفى القطن شروط المرتبة التى ينتمى إليها فوجود عيوب فيه لا تخل بشروط هذه المرتبة يكون متسامحاً فيه عرفاً ولا يوجب الضمان (٢) .

= وجب الضمان (استئناف مختلط ١٠ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٤٧) . وإذا كان المبيع ورق سجائر ، لا يقبل الاحتراق بسهولة ، كان هذا عيباً خفياً موجباً للضمان (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٧ ص ٣١) .

(١) ووجود بعض مواد مخرقة فى حب السم لا يكون عيباً مؤثراً إذا كان مما يتسامح فيه عرفاً (استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٤ ص ١١٦) .

(٢) وقد أورد تقنين المراجعات والمقود البنائى مثلاً للعيب الذى يحدد العرف متى يكون عيباً موجباً للضمان ومتى يكون متسامحاً فيه ، فنصت المادة ٤٤٣ من هذا التقنين على ما يأتى : أما إذا كان المبيع أشياء لا تعرف حقيقة صلاحها إلا بإحداث تغيير فيها كالأثمار ذات الغلاف اليابس ، فالبائع لا يضمن عيوبها الخفية إلا إذا ضمنها عناية أركان العرف المتعلل بوجوب عليه = (م ٤٦ - أوله - ٤٦)

٣٦٦ - (٢) يجب أنه بكماله العيب قهراً : ولا يكتفى العيب أن يكون زائراً ، بل يجب أيضاً أن يكون قديماً . والمتصور بقدوم العيب أن يكون موجوداً في البيع وقت أن يتسلمه المشتري من البائع ، ذلك أن العيب إما أن يكون موجوداً وقت البيع ويبقى إلى وقت التسليم ، فيكون إذن موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه ، وإما أن يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم ويبقى إلى وقت التسليم ، فيكون أيضاً موجوداً وقت التسليم ، ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه (١) .

وغنى عن البيان أن العيب الخفى يجب أن يكون موجوداً وقت التسليم حتى لو كان المبيع غير معين بالذات . ويرجع ذلك ، ليس فحسب لأن الوقت الذى يعتد به في وجود العيب الخفى هو وقت التسليم كما سبق القول ، بل أيضاً لأن غير المعين بالذات وقت البيع لا يتصور أن يكون العيب لاحقاً به في هذا الوقت ، وإنما يتصور لحوق العيب به وقت أن تتعين ذاته ، ولا يكون ذلك إلا بإفراز الذى يقع عادة وقت التسليم . على أنه إذا تراخى التسليم عن الإفراز بالمبيع عيب خفى وقت إفراز ، ثم لحقه العيب في الفترة ما بين الإفراز والتسليم ، فإن البائع يكون مسئولاً في هذه الحالة عن ضمان هذا العيب .

وبمخلص عما تقدم أن العيب الخفى يجب أن يكون موجوداً دائماً وقت تسليم المبيع للمشتري ، ولو لم يكن موجوداً وقت البيع (٢) . أما إذا حدث العيب

== هذا الضمان (أنظر آنفاً فقرة ٣٦٤ في الهامش) . فالبطيخ والشام والجوز والموز والبندق وبحر ذلك يحدد العرف متى يكون العيب فيها منساعاً فيه ومتى يكون العيب مرجعاً للضمان .

(١) والمفروض في هذه الحالة الأخيرة أن البيع قد لحقه عيب خفى في الفترة ما بين البيع والتسليم ، وأن المشتري حين تسلّم البيع لم يعلم بالعيب ، ومن ثم يكون العيب خفياً ويكون البائع مسئولاً عن ضمانه بهذا الاعتبار (قارن الأستاذ منصور مصطلح منصور ص ١٩٤ - ص ١٩٦) . أما إذا لحق المبيع بعد البيع وقبل التسليم عيب ظاهر ، فالبائع يضمنه كذلك ، ولكن ليس هذا ضمان العيوب الخفية الذى نحن بصدده إذ العيب ظاهر وليس بخفى ، وإنما هو تحصل لتبعية عيب المبيع أو تبعيه قبل التسليم ، ومن ثمة يتحملها البائع كما سبق القول .

(٢) قارن مع ذلك ما جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : . . . أن يكون هذا العيب موجوداً وقت البيع ، وهذا ما يميزه عادة بالعيب القديم (مجموعة الأعمال التشريعية) =

بالمبيع بعد أن تسلمه المشتري ، فإن البائع لا يكون ضامناً له ، ويتحمل المشتري تبعته أو يرجع على من عسى أن يكون مسئولاً عن إحدائه .

وقد يوجد سبب العيب أو جرثومته قبل التسليم ، ولكن العيب ذاته لا يحدث إلا بعد التسليم . فإذا كان المبيع حيواناً مثلاً ، فقد توجد فيه جرثومة مرض أو « ميكروب » المرض قبل أن يتسلمه المشتري ، ثم يحدث المرض بعد أن يتسلمه . فإذا أمكن المشتري أن يثبت ذلك ، فإن العيب الذي يرجع سببه المباشر إلى ما قبل التسليم يعتبر في حكم الموجود وقت التسليم ، ومن ثم يضمنه البائع . وقد يوجد بالفلال أو بالخشب بدء تسوس قبل التسليم ، ثم ينتشر التسوس بعد التسليم ، فهذا عيب قديم يضمنه البائع (١) .

٣٦٧ - (٣) يجب أنه يكونه العيب خفياً : ولا يكفي أن يكون العيب مؤثراً وقديماً ، بل يجب أن يكون خفياً (caché) ، فإذا كان العيب

(= ص ١١٠) . وقارن أيضاً المادة ٢٢٢/٢٩٧-٢٩٨ من التفتين المدن السابق ، وهي تنص على أن « المراد بالعيب القديم العيب الموجود وقت البيع في المبيع إذا كانت عيناً معينة » (انظر آتفاً فقرة ٢٦٤ في الهامش) .

(١) الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٠ - الأستاذ محمد علي امام فقرة ٢٢٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٣٣٨ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٣٣٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ١٩٨ .

وهذه المسألة في الفقه الاسلامي ، في مذهب الشافعي ، تختلف فيها . جاء في المذهب : « وإن حدث العيب بعد القبض نظرت ، فإن لم يستند إلى سبب قبل القبض لم يثبت له الرد ، لأنه دخل المبيع في ضمانه فلم يرد بالعيب الحادث . وإن استند إلى ما قبل القبض ، بأن كان عبداً ففرق أو قطع بدأ قبل القبض فقطت يده بعد القبض ، فقيه وجهان : أحدهما أنه يرد وهو قول أبي إسحق لأنه قطع بسبب كان قبل القبض . والثاني أنه لا يرد وهو قول أبي علي بن أبي هريرة ، لأن النفع وجد في يد المشتري فلم يرد كما لو لم يستند إلى سبب قبله » (المذهب ١ ص ٢٨٤) .

أما في فرنسا فالفقه والقضاء متفقان على أنه يمتد بوقت وجود السبب المباشر للعيب وإن لم يحدث العيب إلا بعد ذلك (نفس فرنسي ٨ مارس سنة ١٨٩٢ : اللوز ٩٢ - ١ - ٢٠٤ - بودري وسينيا فقرة ٤٢٢ ص ٤٣٠ - ص ٤٣١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٢١) . وإذا كان سبب العيب موجوداً قبل التسليم ثم انتشر بعد التسليم ، وجب أن يكون انتشاره غير راجع إلى خطأ المشتري ، وإلا رزمت الشئولية بين البائع والمشتري وفقاً لقواعد الخطأ المشترك (م ٢١٦ مدن) : انظر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٦٩ - ص ٢٧٠ .

مظهراً وقت أن تسلمه المشتري ولم يعترض بلى رضى أن يتسلمه ، فإن البائع لا يضره ، لأن المشتري وقد رأى العيب ظاهراً دون أن يعترض يكون قد ارتضاء وأسقط حقه في التمسك بالضمان .

وتكون العيوب خفية ، كما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٧٤ مدني ، إذا أثبت المشتري أنه كان لا يستطيع أن يبينها بنفسه أو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، مما لم يكن البائع قد أكد له شوا المبيع من هذا العيب ، أو تعمد إخفاء العيب غشاً منه .

ونرى من ذلك أن العيب لا يكون خفياً ، فلا يضمنه البائع ، في الحالتين الآتيتين :

(أولاً) إذا كان ظاهراً وقت أن تسلمه المشتري فرضي به ، فيكون قد نزل عن حقه كما سبق القول (١) .

(ثانياً) إذا لم يكن ظاهراً ، ولكن البائع أثبت أن المشتري كان يستطيع أن يبين العيب بنفسه أو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي (٢) ، فيكون من المقرر عندئذ أن المشتري قد فحصه فعلاً بهذه العناية المطلوبة فتبين وجوده ، وسكت ولم يعترض ، فيكون سكوته نزولاً عن حقه . ولا يقبل من المشتري في هذه الحالة أن يثبت أنه لم يفحص المبيع فعلاً ولم يبين وجود العيب ، فإن كل المطلوب منه هو أن يفحص المبيع وقت تسلمه بعناية الرجل العادي ، فإذا لم يفعل كان مقصراً ، وهو الذي يحمل تبعه تقصيره . ومن ثم يكون إمكان تبين العيب عند فحص المبيع بعناية الرجل العادي قرينة على أن المشتري قد تبين فعلاً وجود العيب عند التسليم (٣) ، وهي قرينة غير قابلة للإثبات العكس إلا

(١) يكون المبيع ليس له تلك الطريق العام يعتبر عيباً ظاهراً (استئناف مخطوط ٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٤) . وإذا كان تلف الأَرْض البينة آتياً من فيضان ظاهر ، فالعيب لا يكون خفياً (استئناف مخطوط ١٦ مايو سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ١٤٤) .

(٢) استئناف مصر ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ المجردة الرسمية ٨ وتم ٨٧ - استئناف مخطوط ٨ يناير سنة ١٩١٤ م ١٦ ص ١٣٨ .

(٣) استئناف مخطوط ٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٧٨ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ٢١٦ .

بطريقتين معينتين سيأتي ذكرهما فيما يلي .

وبكون العيب خفياً ، فبضمته البائع ، في الحالتين الآتيتين :

(أولاً) إذا لم يكن العيب واثقاً لدى المشتري للمبيع ظاهراً ولا يمكن للمشتري تبيينه أو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي . وهذا معناه أن عيب من الخفاء بحيث لا يمكن أن يبينه إلا خبير متخصص ، كما إذا اقتضى تبيين العيب الالتجاء إلى وسائل فنية ليست في مقدور الشخص العادي ، أو احتياج إلى معرفة متخصصة ، أو اقتضى تحليلاً كيميائياً ، أو نحو ذلك (١) من الأدلة التي لا يلجأ إليها الناس عادة في المألوف من التعامل ، ولا يستطيعها على كل حال الرجل العادي (٢) . أما إذا أمكن تبيين العيب بعناية الرجل العادي ، لم يكن عيباً خفياً موجباً للمضمان (٣) كما سبق القول ، حتى لو كان المشتري بالذات لم يستطع أن يبين العيب لنقص في خبرته ينزل بها عن مستوى الخبرة العادية (٤) . فإنه يحمل في هذه الحالة مسؤولية تقصيره في الالتجاء إلى من يسترشد برأيه من الرجال العاديين ، وكان ذلك واجباً عليه نظراً لنقص خبرته (٥) .

(١) كحفر الأساس لاختبار متانة البناء (استئناف مخطوط ٢١ يولييه سنة ١٩٢٨ م ص ٥٠) .

(٢) كمكبب في السيارة أو في الآلات الميكانيكية التي لا يمكن كشفها إلا بعد استعمال شيء عدة غير تقصية (بلانيول وريبير وعامل ١٠ بقرة ١٢٠ ص ١٤٦) ، وككثرة الأضلاع في الأرض الزراعية أو ضعف قوة الحريق الناتج من الفحم (الأستاذ محمد علي امام ص ٢٧٩) ، وكضعف احتمال الحديد (الأستاذ منصور مصطفي منصور ص ٢٠٤) .

(٣) استئناف مخطوط ٢١ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٤٧ - ٦ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٦٢ ص ١٢٤ .

(٤) استئناف مصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرجعية ٢٧ رقم ١ ص ١

(٥) بودري وسينيا بقرة ٤١٨ ص ٤٢٦ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ بقرة ١٢٠ - الأستاذ أنور سلطان بقرة ٢٧٢ - الأستاذ محمد علي امام ص ٢٧٩ - الأستاذ عبد الفتاح ص ٢٧١ - الأستاذان أحمد نجيب الخلال وسامد زكي ص ٢٩٧ مامش ٢ .

فإذا كان المبيع أرضاً زراعية ، لم يصح للمشتري أن يتسلك بمكبب في الأرض يستلزم أن يبينها الشخص الخبير خبرة بالأمور الزراعية ولم يبينها المشتري عن خبرة ، وإذا كان المبيع بناء ، لم يصح أن يتسلك بمكبب في البناء يستلزم أن يبينها المهندس الممارس عن طريق الفحص المتأن المؤلف (بودري وسينيا بقرة ٤١٨ ص ٤٢٦) - بلانيول وريبير وعامل ١٠ بقرة ١٢٠ م ٦٢ ص ١٢٤ .

(ثانياً) إذا كان المشتري ، بعد أن أثبت البائع أن العيب كان يستطاع تبينه بالفحص المعتاد ، أثبت من جهته أحد أمرين : إما أن يكون البائع قد أكد له خلو المبيع من العيب المعين الذي وجد بعد ذلك بالمبيع ، وإما أن البائع قد تعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه . ففي الأمر الأول ، وقد أكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب ، يكون هذا بمثابة اتفاق ضمنى بين المتبايعين على أن البائع يضمن هذا العيب بالذات للمشتري إذا ظهر بالمبيع . وعند ذلك لا يكلف المشتري نفسه مؤونة فحص المبيع ولو بعناية الرجل المعتاد ، مطمئناً إلى تأكيد البائع ، ومعتمداً في كل حال على أن البائع قد ضمن له هذا العيب فلو ظهر في المبيع رجع عليه بالضمان . ويبدو من ذلك أنه لا يكتفى أن يؤكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب بوجه عام ، بل يجب أن يؤكد خلو المبيع من عيب معين أو عيوب معينة بالذات . وفي الأمر الثاني ، وقد تعمد البائع إخفاء العيب غشاً منه ، يكون قد ارتكب خطأ يستغرق خطأ المشتري في هدم فحص المبيع بالعناية المعتادة ، ويعتبر العيب في هذا الفرض خفياً ولو أنه كان يستطاع تبينه بالفحص المعتاد ، فيضمنه البائع (١) .

بقي بعد ذلك أن نقرض أن العيب كان ظاهراً ، أو كان غير ظاهر ولكن يمكن تبينه ، أو كان لا يستطيع أن يحسب لو أنه فحص المبيع فتبين أنه يخل بمنفعة من المنافع المقصودة من المبيع ، بل حسب أنه أمر غير ذي بال ، ثم ظهر

= وقد قضت محكمة النقض بأن العيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن في متناول إدراك غيره . فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة ، بل معياراً متيناً بذاته مقدراً بمستوى نظر الشخص الفطن المتنبه للأمور . فإذا ما أثبت الحكم أن عدم إثبات البذور التي هي محل الدعوى إنما يرجع إلى تسوس بعضها ، وأثبت أن المشتري ، وهو عمدة ومن كبار المزارعين ، لا يصعب عليه كشف تسوس هذه البلور عند ورودها إليه ، ثم خلص من ذلك إلى القول بأن العيب كان ظاهراً ، وأسس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري ، فإنه لا يكون قد خالف القانون (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة ص ٢٣٩ رقم ٥٠٠ - أنظر أيضاً استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٧٠ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٤) .

(١) مثل ذلك وضع نوع خاص من البنزين في السيارة عند تجربتها بقصد إخفاء عيب في محركها ، أو بيع آلة مكسورة بعد لحماها ودهانها بطلاء يخفى عيبها (الأستاذ محمد علي إمام ص ٢٨٠) .

بعد ذلك أنه عيب مؤثر يخل بنفعة من المنافع المقصودة ويؤثر في البيع غير صالح صلاحية كاملة للغرض الذي اشترى من أجله . فهل يكون علم المشتري بالعيب على هذا النحو ، أو استطاعته العلم به ، مسقطاً للضمان ؟ يبدو أنه لا يمكن ظهور العيب أو إمكان ظهوره بالتحقق المعتاد حتى يفترض أن المشتري قد رضى به مادام لم يعترض ، بل يجب فرق ذلك أن يكون المشتري وقت أن مكنت عن العيب كان يعتقد أنه عيب مؤثر يخل بالمنافع المقصودة من المبيع . ولكن المشتري هو الذي يحمل عبء الإثبات ، فإذا مكنت عن العيب افترض رضاه به ، إلا إذا أثبت أنه كان يعتقد أن العيب غير مؤثر وأثبت في الوقت ذاته أن الشخص العادي لا يستطيع أن يدرك أن العيب مؤثر بل يقتضى إدراك ذلك معرفة فنية متخصصة (١) .

٣٦٨ - (٤) يجب أنه يكون العيب غير معلوم للمشتري . وحتى لو كان العيب خفياً على النحو الذي بيناه . فإنه لا يكون عبأً موجباً . إذا ثبت أن المشتري كان يعلمه بالفعل وقت تسلم المبيع بالرغم من خفائه . فإن علم المشتري بالعيب وسكوته عليه بعد رضاه منه به ، وزولا عن حقه في الرجوع بالضمان . وهذا ما ينص عليه صراحة صدر الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدى فيما رأينا : « ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع » .

وما دام العيب خفياً ، فالمفروض أن المشتري لا يعلم به ، فإذا أراد البائع التخلص من الضمان . فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم به وقت التسليم (٢) . والعلم واقعة مادية يستطيع البائع أن يثبتها بجميع طرق الإثبات ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن (٣) .

(١) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٣٠ من ١٤٦ - ص ١٤٧ .

(٢) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٣٠ .

(٣) إذا كان العيب من الذبوع والانتشار بحيث يكون من المقبول أن المشتري يتوقع أن يلحق المبيع ، فالمفروض أن المشتري يعلم بحمل هذا العيب ، ويكون عليه هو عبء إثبات أنه كان يعلمه . ونحن إذنا في هذه الحالة أن يشترط المشتري على البائع ضمان مثل هذا العيب .

وقد يكون العيب موجوداً وقت البيع والمشتري لا يعلم به ، ولكنه إذا علم به وقت التسليم ولم يعترض ، سقط ضمان البائع . فالعيب الموجود في البيع وقت البيع يجب إذن ، حتى يضمنه البائع ، أن يكون المشتري لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم ، فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلمه في أى وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامناً . أما العيب الذى حدث ما بين البيع والتسليم ، فيجب أن يثبت البائع حتى يسقط عنه الضمان أن المشتري كان عالماً به وقت التسليم ، فإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان وقت أن تسلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان (١) .

== إذ أراد أن يتخلص من عبء الإثبات . ويفرض فى الأشياء المستعملة إذا بيعت أنها لا تخلو من العيوب المألوفة فى الأشياء القديمة ، فإذا ادعى المشتري أنه لم يكن يعلم بعيب من هذه العيوب المألوفة فعليه هو عبء إثبات ذلك ، إلا إذا اشترط على البائع ضمانها بالذات . على أن هذا مقصور على العيوب المألوفة فى الأشياء القديمة ، أما ما كان من العيوب غير مألوف فعلى الإثبات فيه يقع على البائع لا على المشتري (برورى وسينا فقرة ٤٢٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٢) .

ويترتب على ما تقدم أن المشتري مدرس فيه أن يعلم أن من أجر الدار له الحق فى طلب إنقاص الأجرة إلى الحد القانونى الذى يسمح به قانون إيجار الأماكن ، فلا يستطيع أن يحتج بذلك على البائع إلا إذا أثبت أنه كان يجهل أن الأجرة تزيد على الحد القانونى أو إذا حصل على ضمان البائع لهذه الأجرة (بلانيول وريبير وهامل ٢٠ ص ١٤٨ هامش رقم ١) .

(١) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٢ هامش رقم ١ - والعلم الواجب إثباته يجب أن يكون علماً يقينياً لا علم على سبيل الحدس . وقد قضت محكمة النقض فى شأن العلم بالعيوب الخفية المسقط لدعوى الضمان فى عهد التقنين المدنى السابق ، بأن العلم المراد للشارع فى المادة ٢٢٤ مدنى (٤٥٢ مدنى جديد) هو العلم الحقيقى دون العلم بالتشكيك . فإذا كانت محكمة الاستئناف قد رأت ما حصلته من فهم الواقع فى الدعوى أن المشتري ما كان يعلم حقاً ، عند تحرير خطابها للبائع يخبره فيه بما ظهر من العيب فى البذور التى اشتراها ، أن هذه البذور معيبة بذلك العيب القديم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانوناً من التضمينات ، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير خبير دعوى إثبات الحالة ، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشتري بعد تقديم تقرير الخبير بثلاثة أيام ، ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيوب الخفى يتم منه خطابها الذى أرسله للبائع لم يكن علماً حقيقياً ، فإنها تكون قد أصابت فى قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها (نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٢٤ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٢ ص ٦٦٥) . وقضت استئناف مصر بأن مجرد الظن أو العلم غير القاطع لا يعتبر علماً موجباً لسقوط الضمان (استئناف مصر ٢٢ فبراير سنة ١٩٢٢ المجلة ١٢ رقم ٢٧ ص ٩١) .

ولما كان جهل المشتري بالعيب وقت التعاقد شرطاً للضمان ، فإنه بغير أن يكون المشتري ، وعند جهل العيب اللاحق بالمبيع ، قد وقع في غلط جوهري ، ففتلاني دعوى ضمان العيب مع دعوى الغلط ، ويمكن للمشتري أن يختار بين الدعويتين . وسعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوتي عذر تمييز دعوى ضمان العيب عن دعوى الغلط .

وإذا كان علم المشتري بالعيب يؤثر في الضمان ، فيضمن البائع العيب إذا كان المشتري غير عالم به ولا يصح منه إذا جهله ، فإن علم البائع بالعيب لا أثر له في مبدأ الضمان . فالبايع يضمن العيب ، سواء كان عالماً به أو غير عالم . ونحو العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٧٤ صراحة على هذا الحكم إذ تقول : « ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده » . ولكن علم البائع بالعيب أو جهله به يؤثر في الاتفاق على تعديل أحكام الضمان بالتشديد أو بالتخفيف أو بالإعفاء على النحو الذي سنفصله فيما يلي . وقد يؤثر أيضاً في مقدار التعويض الذي يستحقه المشتري بسبب العيب الخفي ، وفي إطلاقة مدة التقادم إلى خمس عشرة سنة إذا اقترن العلم بالغش .

٣٩٩ - (ب) - المدين في ضمان العيوب الخفية - قابلية التحويل

مقدمة : المدين في ضمان العيوب الخفية هو البائع . ولا ينتقل التزامه إلى ورثته ، بل يبقى هذا الالتزام ديباً في التركة . فإذا مات البائع ، رجع المشتري بضمم العيب الخفي ، لا على الورثة . بل على التركة ذاتها . فإذا ماتت ورثة البائع ، المستحق . أخذ الورثة ما بقي من التركة بعد سد جميع الديون ومن بينها الدين الخاص بضمم العيب الخفي .

ولا يتصور انتقال ضمان العيوب الخفية إلى حلف البائع الخامس في العين المبيعة .

ويحمل ذلك البائع التزام الضمان العيوب الخفية على الوجه المقرر في القواعد العامة ، ذلك أن المشتري يصبح هو أيضاً دائماً للبائع بضمم العيوب الخفية ، فيشارك سائر دائمي البائع في مشاركة الغرماء .

ويكون كمال الدائم مثلاً بضمم العيوب الخفية ، ويبرز كمال المشتري أن يرجع عليه هذا الضمان مثلاً القواعد المقررة في الكفالة .

ودعوى ضمان العيوب الخفية ، وهي في صورتها تنتهى إلى تعويض كما
مضى ، وبذلك للانقسام (١) . فإذا باع شخصان عينا شائعة بينهما ، كان للمشتري
أن يرجع بضمـان العيب على البائعين كل بقدر نصيبه في المبيع ، ولا يجوز له
أن يرجع على واحد منهما بالضمان كله ، لأن ضمان العيب ينقسم عليهما كما سبق
القول . ويستثنى من ذلك بطبيعة الحال ما إذا كان البائعان قد تضامنا في التزامهما
نحو المشتري ، فيرجع المشتري عندئذ على أى منهما بضمـان العيوب طبقاً للقواعد
المقررة في التضامن .

٣٧٠ - (ج) الدائن في ضمان العيوب الخفية - فائدة الضمان

للمتضامن : الدائن في ضمان العيوب الخفية هو المشتري . وينتقل حقه
إلى الوراث ، فلو مات المشتري جاز لورثته الرجوع بضمـان العيب على البائع
كما كان يرجع مورثهم ، وينقسم الضمان بينهم كل بقدر نصيبه في العين ،
وسنرجع للبائع في هذه الحالة أن يطالبهم بالاتفاق على رد العين المبيعة ،
فلا يرد عليه بعض الورثة جزءاً من العين حتى لا تتفرق عليه الصفقة (٢) .

وينتقل حق المشتري أيضاً إلى خليفه الخاص ، فلو أن المشتري باع العين المعيبة
إلى مشتر ثان ، كان هذا المشتري الثاني - وهو الخلف الخاص للمشتري الأول
العين - أن يرجع بدعوى سلفه المشتري الأول على البائع ، ذلك أن هذه
الدعوى قد انتقلت مع المبيع من المشتري الأول إلى المشتري الثاني (٣) . ومن ثم
يكون للمشتري الثاني ، لضمان العيوب الخفية ، دعاوى ثلاث : (١) دعواه
الشخصية ضد المشتري الأول بضمـان العيب الخفى ، وهى الدعوى التى استعملها
من قبل البيع الثانى الذى أبرم بينه وبين المشتري الأول ، ومدة التقادم فيها

(١) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة - أنسيكلويدي دالوز ه لفظ Vice Réd. فقرة ٨ .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٤٤٠ مكررة - قارن أنسيكلويدي دالوز ه لفظ Vice Réd. ٨٥ :

(٣) أودرى ورو ه فقرة ٣٥٣ مكررة ص ٨٧ .

تسرى من وقت أن تسلم المبيع من المشتري الأول . (٢) الدعوى غير المباشرة التي يرفعها باسم المشتري الأول على البائع ، وبشترك معه فيها سائر دائي المشتري الأول ، وتسرى مدة التقادم من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . (٣) الدعوى المباشرة وهي دعوى المشتري الأول نفسها ضد البائع بضمان العيب ، وقد نشأت من عقد البيع الأول الذي أبرم بين البائع والمشتري الأول ، وانتقلت بعقد البيع الثاني من المشتري الأول إلى المشتري الثاني ، وقد أشرنا إليها فيما تقدم . وهذه الدعوى تختلف عن الدعوى غير المباشرة في أنه لا يزاخم فيها المشتري الثاني سائر دائي المشتري الأول ، وتتفق معها في أن مدة التقادم تسرى من وقت أن تسلم المشتري الأول المبيع من البائع . وتمتاز الدعوى المباشرة هذه أيضاً بأنها تبقى ثابتة للمشتري الثاني حتى لو لم يكن له حق الرجوع بضمان العيب على المشتري الأول ، كأن كان هذا المشتري قد اشترط عدم الضمان . وبلا حفظ أن المشتري الثاني إذا رفع دعواه الشخصية في الضمان على المشتري الأول - وهي الدعوى الأولى من هذه الدعاوى الثلاث - جاز للمشتري الأول أن يدخل البائع ضامناً في هذه الدعوى . والمفروض طبعاً في كل ما قدمناه أن العيب قد حدث بالمبيع قبل أن يتسلم المشتري الأول المبيع من البائع ، حتى يكون البائع ضامناً هذا العيب لكل من المشتري الأول والمشتري الثاني (١) .

ويستفيد دائي المشتري من ضمان البائع للعيب عن طريق الدعوى غير المباشرة ، فيجوز لهذا الدائن أن يرفع باسم المشتري دعوى ضمان العيب على البائع طبقاً للقواعد المقررة في الدعوى غير المباشرة .

٣٧٨- (١) المبيع الذي يفتنى ، ونحوه العيوب الخفية : فهي غائبة عن
تنص المادة ٤٥٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

(١) بلانبول وريبير ومادل ١٠ فقرة ١٣٨ - وكذلك المفروض أن العيب قد ظهر شيئاً على المشتري الثاني ، فلو أن المشتري الثاني قد كشفه قبل تسلم المبيع ، ولكنه لم يكن له الرجوع بضمان العيب لا على المشتري الأول ولا على البائع (يوردني رئيساً فقرة ١٣١ - المقتضى بمحكمة عام ص ٣٨٨) .

والضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمراد، (١) .

والسبب في ذلك ، كما نقول المذكورة الإيضاحية ، أن البيع بالمراد ، سواء من القضاء أو من جهة الإدارة ، قد أعلن عنه ، وأنبئت الفرصة للمزايدين أن يخصصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة ، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان يمكن توقعه ، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبأها المدين ، (٢) . ومن ثم لا ضمان للعيب في البيوع التي يتحتم إجراءها قضاء عن طريق المزارد ، كبيع أموال المدين تنفيذاً للديون التي في ذمته ، وكبيع أموال القاصر والمحجور في المزارد . وكذلك لا ضمان للعيب في البيوع التي تجريها الإدارة بالمراد ، لاقتضاء الضرائب مثلاً . وقد رأينا أن ضمان التعرض والاستحقاق ، بخلاف ضمان العيب ، يقوم في كل هذه البيوع .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٠ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما سطر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٧ في المشروع النهائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٨ - ص ١٢٩) .

ويقابل النص في التقنين المدني السابق المادة ٣٢٧/٤٠٥ ، وكانت تجري على الوجه الآتي :
" لا تسمع دعوى الضمان بسبب العيوب الخفية فيما بيع بمعرفة المحكمة أو جهات الإدارة بطريق المزارد " . والحكم متفق مع حكم التقنين الجديد .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٢ (مطابقة للمادة ٤٥٤ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٧) .
التقنين المدني الليبي م ٤٤٣ (مطابقة للمادة ٤٥٤ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٦٩ : لا تسمع دعوى الضمان فيما بيع بمعرفة المحكمة أو الجهات الحكومية الأخرى بطريق المزايدة العلنية . (ويتفق هذا الحكم مع حكم التقنين المصري - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٥٥ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢٤ - فقرة ٥٢٧) .

تقنين المورجات والمقود اللبناني م ٤٦٤ : لا وجه لإقامة دعوى الرد في البيوع التي تجريها السلطة القضائية (ولم يذكر التقنين اللبناني البيوع الإدارية بالمراد) .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٢٩ .

أما البيوع الاختيارية، حتى لو أجريت بطريق المزاد كبيع العين الشائعة بالمزاد لعدم إمكان قسمتها (licitation)، فيقوم فيها ضمان العيب (١).

وفيما عدا البيوع القضائية والبيوع الإدارية إذا كانت بالمراد، يقوم ضمان العيب في أي بيع آخر، يستوى في ذلك البيع المسجل والبيع غير المسجل ويستوى كذلك أن يكون محل البيع عقاراً (٢) أو منقولاً (٣)، شيئاً مادياً أو شيئاً غير مادي (٤). كما يجوز للتفيع - وقد حل محل المشتري - أن يرجع بضمان العيب على البائع. ويجوز أن يرجع بضمان العيب أيضاً المتبرع لخدمة شائعة في منقول باعها شريك في الشيوع لأجنبي (م ٨٢٣ مدني) (٥).

٢٥ - ما يترتب على قيام ضمان الميوب الخفية

٣٧٢ - دعوى الضمان وما يسفرها من أخطار - إذا وجد بالبيع

عيب توافرت فيه الشروط المتقدمة الذكر، وجب على المشتري المبادرة إلى إخطار البائع به، ثم له بعد ذلك أن يرجع عليه بدعوى الضمان ويجب رفعها خلال مدة قصيرة وإلا سقطت بالتقادم.

(١) بودري وسينيا فقرة ٤٣١ - بلانيول ر - حامل ١٠ ذ - بلانيول
وبير وبولانجيه، فقرة ٢٤٧٩ - كولان وكايتار - مرة ٩٢٤ - ج - ١١٢٢٠ -
الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٢ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٢٥ - هـ كامل مرسى
فقرة ١٩٤ - الأستاذ منصور مصطفي منصور فقرة ٩٠.

(٢) فيقوم ضمان العيب في البناء، وفي الأرض الفضاء، وفي الأرض الزراعية، وفي غير ذلك من المقارات.

(٣) فيقوم ضمان العيب في الأغذية، والحيوانات، والحبوب والمحصولات الخضرية، والمشروبات المتنوعة، وفي غير ذلك من المنقولات.

(٤) فيقوم ضمان العيب في المتاجر، والأسهم والسندات، والحقوق الشخصية - غير ذلك من الأشياء غير المادية (أنظر بودري وسينيا فقرة ٣٢٦ - فقرة ٤٢٠).

(٥) ونقض محكمة النقض بأن أحكام العيب الخفي في باب البيع لا تنطبق في عقد المقايضة غير المختلط بالبيع، وهو العقد الذي يقوم فيه رب العمل بتقديم جميع الأدوات اللازمة (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٢٩ ص ١٥٣). أنظر في هذه المسألة تعليق بلانيول في دالوز ١٩١٢ - ١ - ١١٣ على حكيم صادقين من محكمة النقض الفرنسية في ١٨ أكتوبر سنة ١٩١١ قضياً بنفس المبدأ (أنفاً فقرة ٢٦١ في الهامش).

تبحث إذن مسائل ثلاثاً : (١) إخطار البائع بالعيب (٢) دعوى الضمان (٣) سقوطها بالتقادم .

٤٧٣ - إخطار البائع بالعيب - النص في الفقرة : - تنص المادة ٤٤٩ من التقنين المدني على ما يأتي .

١ - إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقاً للمألوف في التعامل . فإذا كشف عيباً يضمنه البائع ، وجب عليه أن يخطر به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع .

٢ - أما إذا كان للعيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلاً للمبيع بما فيه من عيب (١) .

(١) نص النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٥ من المشروع التمهيدي ، وكان هذا المشروع يتضمن فقرة ثالثة هذا نصها : « على أنه إذا تعدد البائع تصليب المشتري ، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطر بالعيب في الوقت الملائم » . وفي لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة الثالثة ، لأن حكمها مستفاد من التواعد العامة ، واستبدل بعبارة « وجب عليه أن يبادر بإخطاره عنه » في الفقرة الأولى عبارة « وجب عليه أن يخطر به خلال مدة معقولة » ، وأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد وصار رقمه ٤٦٢ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٤٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - ص ١١٧) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، وقد كان هذا التقنين بدلاً من الإخطار يجعل مدة تقادم دعوى الضمان قصيرة جداً ، فقد كانت ثمانية أيام من وقت علم المشتري بالعيب . ويقابل النص في التشريعات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ١١٧ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصري) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٨ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٦٠ (مطابقة للمادة ٤٤٩ مصري - وانظر في القانون المدني العراقي

الأ. إذ حسن الذنون فقرة ٢٥٦ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٢٢ - فقرة ٥٢٣) .

تقنين المورجيات والمفرد اللبناني م ٤٤٦ : إذا كان المبيع من منقولات غير الحيوانات ، وجب

على المشتري أن ينظر في حالة المبيع على أتراسلامه ، وأن يخبر البائع بلا إبطاء في خلال السبعة الأيام التي تلي الاستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه ، وإلا فالمبيع يعد مقبولاً ما لم تكن العيوب مما لا يعرف بنقص عادي أو تكون هناك موانع لا علاقة لها بمشقة المشتري حالت دون النظر

وبمخلص من هذا النص أن المشتري تجب عليه المبادرة باخطار البائع بالعيب عند كشفه . والسياسة التشريعية في ضمان العيب الخفى قائمة على عدم التراخى في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب والمبادرة إلى رفع دعوى الضمان ، لأن الإبطاء في شيء من ذلك قد يجعل إثبات العيب عسيراً ، وقد تنعذر معرفة منشأ وهل كان موجوداً عند التسليم أو حدث بعده ، فيفتح باب المنازعات ويتسع المجال لادعاءات من جهة كل من المتبايعين ، وبخاصة من المشتري فقد يدعى بعد مدة طويلة أن بالمبيع عيباً كان موجوداً عند التسليم ويتخذ هذا الادعاء نكتة للرجوع في الصفقة . فحتى يستقر التعامل وتنحسم أوجه النزاع ، أوجب المشرع على المشتري أن يبادر إلى إخطار البائع بالعيب بمجرد كشفه ، ثم جعل مدة التقادم في دعوى الضمان قصيرة ، فهي سنة واحدة من وقت تسلّم المشتري للمبيع كما سنرى . وهذه الإجراءات السريعة والمدد القصيرة تتميز

== في حالة البيع . وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أثر اكتشافها ، وإلا عد المبيع مقبولاً ، غير أنه لا يحق للبائع السوء النية أن يتذرع بهذا الحكم الأخير .

م ٤٤٧ : يجب على المشتري بلا إبطاء أن يطلب بعريضة معاينة المبيع بواسطة خبير يعينه رئيس المحكمة ذات الصلاحية . وإذا لم تجر المعاينة بمقتضى الأصول ، فلي المشتري أن يثبت وجود العيب عند الاستلام . ولا تطلب المعاينة إذا كان البيع منقذاً بحسب نموذج لم يتم خلاف على ما فيه . وإذا كانت البضاعة واردة من بلد آخر لم يكن للبائع وكيل في محل استلامها ، وجب على المشتري أن يتخذ الحيلة للمحافظة على البضاعة مؤقتاً . وإذا خيف من تلف سريع ، كان من حق المشتري أن يطلب بيع تلك البضاعة بناء على ترخيص يطلب بعريضة من رئيس محكمة المحل الذي تكون فيه البضاعة بعد إجراء المعاينة المتقدم ذكرها . وإذا كانت مصلحة البائع تقتضى هذا البيع ، كان الواجب الختم على المشتري أن يحرمه على هذا الخوال . ويلزمه أن يخبر البائع بلا إبطاء عن كل ما تقدم ، وإلا كان ضامناً للطل والضرر .

م ٤٤٨ : في الحالة المنصوص عليها في المادة السابقة تكون مصاريف إرجاع البضاعة على البائع .

(والتقنين البناني فيما يختص بالمنقول غير الحيوان يتفق مع التقنين المصري في الأحكام التي وردت في التقنين المصري ، ويزيد عليه أحكاماً أخرى يقصد بها إعداد الدليل على العيب قطعاً للنزاع ، واتخاذ الإجراءات الضرورية للمحافظة على مصلحة البائع من نحو بيع البضاعة المعينة إذا خيف عليها التلف أو اقتضى البيع مصلحة البائع . وكل هذه الأحكام يمكن اعتبارها تطبيقاً للقواعد العامة) .

ودعوى ضمان العيب الخفى عن غيرنا من الدعاوى التى تتلاقى معها كدعوى الإبطال للغلط ودعوى الفسخ لعدم التنفيذ .

على أنه إذا تسلم المشتري المبيع ، ولو كان به عيب ظاهر أو عيب فى حكم الظاهر مما يتمكن من تمييزه بالفحص المعتاد ، لم يعتبر بمجرد التسلم قابلاً بالعيب . فقد أعطى مهلة ، له فيها ، بل يجب عليه فيها ، التحقق من حالة المبيع عن طريق الفحص المعتاد ، وهذه المهلة حددها المشرع بأنها المهلة المعتادة وفقاً للمألوف فى التعامل . فإذا اشترى شخص قماشاً من تاجر ، فالغالب أن يكون هذا القماش مطلوباً ، فإذا كان فيه عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر ، لم يعتبر المشتري راضياً به بمجرد تسلمه القماش المطوى ، وإنما يكون ذلك إذا ذهب بالقماش إلى منزله أو إلى متجره ، وفى خلال المدة المألوفة فى التعامل نشر القماش المطوى وفحصه فلم يجد به عيباً أو وجده عن طريق الفحص المعتاد ، فسكت ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة ، هى أيضاً متروكة للمألوف فى التعامل . وإذا اشترى شخص سيارة ، فانه لا يعتبر قابلاً بما فيها من عيب ظاهر أو فى حكم الظاهر بمجرد تسلمها ، بل لا بد من مدة معقولة تمضى وفقاً للمألوف فى التعامل يتمكن فيها المشتري من تجربة السيارة وكشف ما فيها من عيوب عن طريق الفحص المعتاد ، فإذا وجد فيها عيباً ولم يخطر به البائع فى مدة معقولة من وقت كشف العيب وفقاً للمألوف فى التعامل ، اعتبر راضياً بالعيب .

أما إذا كان العيب الذى بالمبيع عيباً خفياً لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ، فإن المشتري لا يعتبر راضياً به إلا إذا كشفه ، بطريق فحص فنى مألوف أو فحص فنى متخصص بحسب الأحوال على النحو الذى قدمناه عند الكلام فى خفاء العيب ، ولم يخطر به البائع بمجرد كشفه إياه . وهنا أوجب المشرع على المشتري أن يخطر البائع بالعيب بمجرد ظهوره فيجب عليه أن يبادر إلى هذا الإخطار دون إبطاء ، لأن العيب لم ينكشف إلا بعد فحص فنى ، فالوقت الذى كشفه فيه وقت محدد يمكن معه التثبت من عدم وقوع إبطاء فى الإخطار .

ونرى من ذلك أن المشتري ، حتى يستطيع الرجوع بضمان العيب على البائع ، يجب عليه إخطاره بهذا العيب عندما يكشفه على النحو الذى بيناه . ويجب أن

يكون الإخطار دون إبطاء أو في مدة معقولة يحددها المألوف في التعامل بحسب الأحوال، وذلك من وقت تسلم المبيع تسليماً فعلياً لا حكيماً. ولا يشترط شكل خاص في هذا الإخطار، فيصح أن يكون بانذار على يد محضر، كما يصح أن يكون بكتاب مسجل أو غير مسجل، بل يصح أن يكون شفويّاً، ولكن على المشتري عبء إثبات حصول هذا الإخطار، ويستطيع أن يثبته بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لأنه واقعة مادية.

فاذا لم يقع الإخطار في الوقت الملائم، اعتبر المبيع غير معيب أو اعتبر المشتري راضياً بالعيب الذي وجدته فيه (١)، وسقط على البائع الالتزام بالضمان حتى لو لم تكن دعوى الضمان قد تقادمت بانقضاء سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع على النحو الذي سنبيته فيما يلي. فدعوى الضمان إذن تسقط إما بعدم إخطار المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ولو قبل انقضاء سنة التقادم، وإما بانقضاء سنة التقادم ولو وقع الإخطار بعد ذلك بل ولو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك (٢).

وكل ما يجب على المشتري هو إخطار البائع بالعيب على الوجه الذي

(١) هل أن المشتري لا يعتبر راضياً بالعيب الذي وجدته في المبيع عندما لا يتم الإخطار في الوقت الملائم إذا كان البائع سيئ النية، أي إذا كان يعلم بوجود العيب وأخفاه عمداً عن المشتري خفاً منه، فإن الضمان يكون واجباً في هذه الحالة على البائع حتى لو اشترط عدم الضمان (م ٤٥٣ مدني) كما سنرى. وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا المعنى يقضى بأنه إذا تعدد البائع تفضيل المشتري، فلا يجوز له أن يحتج بأنه لم يخطر بالعيب في الوقت الملائم، فحذف في لجنة المراجعة لأن حكمه مستفاد من القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١١٦ - وانظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش). وقد جاء في تقنين الموجبات والمقود البنائي نص في هذا المعنى هو الفقرة الأخيرة من المادة ٤٤٦ من هذا التقنين إذ تقول: «وفي مثل هذا الموقف يجب إبلاغ عيوب المبيع إلى البائع على أثر اكتشافها، وإلا عد المبيع مقبولا. غير أنه لا يحق للبائع السوء النية أن يتنزع بهذا الحكم الأخير» (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش).

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ -

ص ١٢٢.

بيناه . فلا يجب عليه طلب معاينة المبيع بواسطة خبير لإثبات العيب ، وإن كان من حقه أن يفعل ذلك حتى يعد الدليل على العيب إذ هو المكلف بإثباته (١) .

٣٧٤ - وهو ضمان المبرور القبيح - النصوص القانونية :

نص المادة ٤٥٠ من التقنين المدني على ما يأتي :

« إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم ، كان له أن يرجع بالضمان على النحر المبين في المادة ٤٤٤ » (٢) .

(١) ولم يبين النص ماذا يفعل المشتري لو أن السلعة المبيعة التي اشتراها لم يتمكن من ردها فوراً إلى البائع وكانت مما يفسر إليها التلف ، وتنفى القواعد العامة في هذه الحالة بأن المشتري الاحتياطات اللازمة للمحافظة على السلعة ، ويستصدر عند الاقتضاء أمراً من القضاء ببيعها حساب البائع إذا خشي عليها تلفاً مريباً . وقد عرض تقنين الموجبات والعقود البنائي إلى هذه المسائل بنصوص خاصة (م ٤٤٧ وم ٤٤٨ من هذا التقنين : أنظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٦ من المشروع التهديدي على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٢ من المشروع للجنائي . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٨٨ - ص ١١٩) .

ويقابل في التقنين المدني السابق النصوص الآتية : م ٣٨٧/٢١٣ : البائع ضامن للمشتري المبرور الخفية في المبيع إذا كانت تنقص القيمة التي اعتبرها المشتري أو تجعل المبيع غير صالح لاستعماله فيما أعد له .

م ٣٨٨/٢١٤ : في الحالة الأخيرة من المادة السابقة وفي حالة ما إذا كان تنقص القيمة بمقدار منه المشتري لا يمنع من الشراء ، يكون المشتري مخيراً بين نسخ البيع بغير إضرار بحقوق الدائنين برهن وبين طلب نقصان الثمن ، مع التضمينات في الحالتين إذا ثبت علم للبائع بالعيب الخفي . م ٢٨٩/٢١٥ : إذا كان البائع لا يعلم بالعيب الخفي الموجود في المبيع ، فالمشتري له الخيار فقط بين نسخ البيع مع طلب رد الثمن والمصاريف التي ترتبت على البيع ، وبين إبقاء المبيع بالثمن المتفق عليه .

م ٣٩٣/٢١٨ : إذا كان العيب الخفي الذي ترتب عليه نقصان قيمة المبيع لا يوجب الاستناع من الشراء لو أطلع عليه المشتري ، كان للمشتري الحق في تنقيص الثمن بحسب تقدير أهل الخبرة . م ٣٩٤/٢١٩ : وتنقيص الثمن يكون باعتبار قيمة المبيع الحقيقية في حالة سلامته من قسب وقيمته الحقيقية في الحالة التي هو عليها ، وبمطابق نسبة هاتين القيمتين إلى الثمن المتفق عليه .

والآن نفرض أن المشتري قد أخطر البائع بالعيب في الوقت الملائم على

= (وتختلف هذه الأحكام أحكام التقنين الجديد كما هو واضح ، واسيرة بوقت تمام البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هي التي تسرى ، وإلا فأحكام التقنين الجديد - انظر في القانون المدني السابق الأستاذين أحمد نجيب الدلائل وحامد ركن فقرة ٤٠١ - فقرة ٤٠٧) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدني السوري م ٤١٨ (مطابقة للمادة ٤٥٠ مصرى - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٠٥ - فقرة ٢٠٦) .

التقنين المدني الليبي م ٤٢٩ (مطابقة للمادة ٤٥٠ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ١/٥٥٨ : إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ، كان المشتري مخيراً إن شاء رده وإن شاء قبله بثمن المسمى .

(والحكم يختلف عن حكم التقنين المصرى كما هو ظاهر . وقد تأثر التقنين العراقي بالفقه الحنفى في هذه المسألة ، فهو لا يميز في خبار العيب إلا الفسخ أو استبقاء المبيع بكل الثمن . فإذا تمرد الفسخ بتمرد رد المبيع ، جاز للمشتري في هذه الحالة إنقاس الثمن . ويكون نقصان الثمن طبقاً لما قرره المادة ٥٦٥ عراقى متفقة في ذلك مع أحكام الفقه الإسلامى إذ تقول : « بقدر نقصان الثمن بمعرفة أرباب الخبرة ، بأن يقوم المبيع سالماً ثم يقوم معيباً ، وما كان بين القيمتين من التفاوت ينسب إل الثمن المسمى ، وبمقتضى تلك النسبة يرجع المشتري على البائع بالنقصان » - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢ : ٧) .

تقنين المورجات والمقود البناني م ٤٤٩ : إذا وجد ما يوجب رد المبيع إما لوجود عيب فيه وإما لخلوه من بعض الصفات ، حق للمشتري أن يطلب فسخ البيع وإعادة الثمن . ويحق له حلالة على ما تقدم أن يأخذ بدل المثل والضرر في الأحوال الآتية : أولاً - عندما يكون البائع حالماً بميوب المبيع أو بعدم اتصافه بالصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه باع بدون ضمان . ويقدر أن البائع عالم بذلك إذا كان تاجراً أو صانعاً يبيع منتجات صناعته ، ثانياً - إذا صرح البائع بخلو المبيع من الميوب ، ما لم تكن هناك عيوب لم تظهر إلا بعد البيع أو كانت من الميوب التي يمكن أن يجهلها البائع عن حسن نية . ثالثاً - إذا كان وجود الصفات التي تبين خلو المبيع منها مشروطاً بصراحة أو كان العرف التجارى يوجب وجودها .

م ٤٥٢ : يتم تخفيض الثمن بتقدير قيمة المبيع وهو في حالة السلامة وقت العقد من جهة ، ثم بتقدير قيمته في حالته الحاضرة من جهة أخرى . وعندما يكون البيع منعقداً على عدة أشياء مشتاة صفقة واحدة ، فيبنى تقدير قيمتها على أساس قيمة جميع الأشياء التي تتألف منها الصفقة .

م ٤٥٤ : يجب على المشتري في حالة فسخ البيع أن يرد : أولاً - الشيء المصاب بالعيب المرجب للرد كما استلمه مع ما تبعة وما يعد جزءاً منه وما التحقق به بعد إبرام العقد . ثانياً - ثمار المبيع من تاريخ فسخ البيع بالتراضى أو الحكم به ونمازء السابقة لهذا التاريخ . أما إذا كانت الثمار غير منعقدة وقت البيع ، فيحق للمشتري أن يأخذها إذا جناها ولو قبل التصريح كما يحق ==

الرجح الذي يبناه ، فهو بعد هذا الإسقاط يكون له الحق في الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب ، وهي دعوى صاغها التقنين المدني على غرار دعوى ضمان الاستحقاق الجزئي كما هي مقررة في المادة ٤٤٤ مدني . والشبه بين الدعويين واضح ، ففي كليهما لم تبلغ خسارة المشتري ، من جراء الاستحقاق الجزئي أو العيب ، أن يضيع المبيع كله ، بل هو قد ضاع جزء منه أو من قيمته ولكنه جزء قد يبلغ من الجسامة حداً لو كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء .

وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما المشروع (التقنين الجديد) فلم ير داعياً لتعدد الأحكام في ضمان الاستحقاق وفي ضمان العيب ، فإن الضمانين مردهما إلى أصول واحدة في القواعد العامة . فالواجب إذن في ضمان العيب تطبيق ما تقرر في ضمان الاستحقاق . ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون المشتري مخيراً فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقضى به القواعد العامة ، فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب . وإذا لم يكن العيب جسيماً ، فلا يكون للمشتري إلا التعويض . ويزيد التعويض أو ينقص تبعاً لما إذا كان البائع سيئ النية أى يعلم بالعيب ، أو حسن النية أى لا يعلم به . ففي الحالة الأولى يعوض الضرر المباشر حتى لو لم يكن متوقعاً ، وفي الحالة الثانية لا يعوض إلا عن الضرر المباشر المتوقع » (١) .

فيجب إذن التمييز بين فرضين : الفرض الأول أن يكون العيب جسيماً بحيث لو أن المشتري كان يعلمه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، والفرض الثانى أن يكون العيب لم يبلغ من الجسامة هذا الحد بل كان لو علمه المشتري لأقدم على الشراء بالرغم من ذلك ولكن بشئ أقل .

== له أن يأخذ أيضاً الثمار الناضجة وإن كان لم يجنها . ويلزم من جهة أخرى : أولاً أن يدفع إلى المشتري نفقات الزرع والرعى والصيانة ونفقات الثمار التي ردها المشتري إليه . ثانياً - أن يرد الثمن الذي قبضه مع نفقات المقد القانونية . ثالثاً - أن يعوض المشتري من الخسارة التي ألحقها المبيع ، إذا كان البائع مختالاً .

(وتختلف هذه الأحكام عن أحكام التقنين المصري كما هو ظاهر) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٢ - ص ١٢٤ .

ففي الفرض الأول ، إذا كان العيب جسماً إلى الحد السالف الذكر ، كان المشتري مخيراً بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع والمطالب بالمبالغ التي كان يطالب بها في حالة الاستحقاق الكلي ، وبين استبقاء المبيع مع المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (١) . وفي الفرض الثاني ، إذا كان العيب لم يبلغ الجسامة المشار إليها ، لا يكون للمشتري إلا أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب . فالمشتري إذن ، عند رجوعه على البائع بضمان العيب ، له أن يرد المبيع ويطلب بمبالغ معادلة للمبالغ التي يرجع بها في حالة الاستحقاق الكلي إذا كان العيب جسماً ولم يختار استبقاء المبيع . أما إذا كان العيب غير جسم ، أو كان جسماً واختار استبقاء المبيع ، فانه يرجع على البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب (٢) . ونذكر الآن في إيجاز عناصر التعويض في الحالتين ، وفقاً لما جاء في المادة ٤٤٤ مدني وفي المادة ٤٤٣ مدني التي أحيل إليها .

ففي حالة رد المبيع إلى البائع (٣) ، يرد المشتري المبيع كما هو بالعيب اللاحق

(١) وله الخيار بين الدعويين ولا يتقيد بالدعوى التي قد يرفعها عليه من اشترى منه شيء المعيب وإذا رفع إحدى الدعويين ، فله أن يعدل عنها إلى الأخرى ما دام لم يصدر في الدعوى الأولى حكم حاز قوة الأمر المقضي (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٤ مكررة ص ١٥ - بودري وصينيا فقرة ٤٣٣ ص ٤٥١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) . وله أن يرفع دعوى رد المبيع المعيب بصفة أصلية ودعوى التعويض بصفة احتياطية ، أما إذا رفع دعوى رد المبيع المعيب وحدها ، ولم يعدل عنها إلى دعوى التعويض ولو بصفة احتياطية ، فانه يتمذر على المحكمة أن تنقض بالتعويض إذ تكون قد حكمت بما لم يطلب منها (أنسيكلويدي دالتور ٤ لفظ Vice Réd. فقرة ٧٩) . والواجب على كل حال ، في مطالبة المشتري بضمان العيب ، أن يرفع على البائع دعوى أصلية أو فرعية ، ولا يكفي بمجرد دفع يديه عندما يطالبه البائع مثلاً بانثمن (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٣) .

(٢) أما إذا لم يصب المشتري ضرر من العيب ، فانه لا يرجع بشيء على البائع . فإذا اشترى صانع السفينة جهازاً من أجهزتها لتركيبه في السفينة ، وكان هذا الجهاز معيباً ، ثم باع السفينة عندما تم صنعها ، ولم يرجع المشتري عليه بضمان عيب هذا الجهاز ، لم يكن لصانع السفينة أن يرجع على بائع الجهاز المعيب بشيء لانعدام الضرر (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٤٤ هامش ١) .

(٣) ولا يكون هذا فسخاً للمبيع بالرغم مما جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٣ ، بل هو رجوع بضمان العيب على أساس بقاء البيع قائماً وهو مصدر الضمان كما هو الأمر في ضمان الاستحقاق ، وقد سبق بيان ذلك .

به ، ويرد ما أفاده من ثمرات من وقت البيع . وبأخذ من البائع في مقابل ذلك :
 (١) قيمة المبيع غير معيب وقت البيع ، مع الفوائد القانونية لهذه القيمة من وقت البيع على النحو الذى فصلناه في ضمان الاستحقاق الكلى ، ولا يكون هناك حسن لمطابقة بقيمة الثمار لأن الفوائد القانونية مقابل هذه الثمار (١) .
 (٢) المصروفات الضرورية (٢) والمصروفات النافعة التى يكون قد أنفقها على المبيع ، وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيء النية أى يعلم بوجود العيب في المبيع وقت تسليمه للمشتري (٣) . (٤) جميع مصروفات دعوى ضمان العيب الخفى ، وذلك في حالة ما إذا كان البائع قد اضطره إلى رفع هذه الدعوى ولم يسلم بالتزامه بالضمان عندما أخطره المشتري بالعيب في الوقت الملائم .
 (٥) وبوجه عام التعويض عما لحق المشتري من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب على النحو الذى بسطناه في ضمان الاستحقاق الكلى . ويلاحظ أنه إذا كان البائع حسن النية أى لا يعلم بالعيب لم يكن مسئولاً إلا عن تعويض الضرر المتوقع الحصول وقت البيع ، أما إذا كان سيء النية أى يعلم بالعيب كان مسئولاً حتى عن الضرر غير المتوقع ، وذلك طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية .

وفي حالة استبقاء المشتري للمبيع ، يكون له أن يطالب البائع بالفرق بين قيمة المبيع سليماً وقيمته هيباً ، وبمصروفات دعوى الضمان إذا اضطره البائع إلى رفعها ، وبوجه عام ما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب العيب مع

(١) بلانير روبيرو هامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ .
 (٢) وفي ضمان الاستحقاق لا يرجع المشتري على البائع بالمصروفات الضرورية لأنه يرجع بها على المستحق . أما ضمان العيب فلا يوجد مستحق ، ومن ثم يرجع المشتري بالمصروفات للضرورية على البائع فهو الذى يمتد المبيع .
 (٣) والمفروض أن البائع حسن النية حتى يقيم المشتري الدليل على أنه سيء النية . وإذا كان البائع قاجراً أو صانماً يبيع السلعة المعيبة ، جاز القول بانقراض أنه عالم بالعيب ما لم يثبت هو حسن نية (أنظر م ٤٤٩ من تقنين الموجبات والمقود البناني آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .
 وأنظر أيضاً في هذا المعنى أوبرى ورو ٥ فقرة ٢٥٥ مكررة ص ٨٤ - بودرى وسينيا فقرة ٤٢٦ ص ٤٥٥ - بلانير وروبيرو هامل ١٠ فقرة ١٣٤ ص ١٥٤ - جوسران ٢ فقرة ١١٢١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٤ ص ٢٢٢ .

ملاحظة أن يكون البائع سبباً البينة مسئولاً حتى عن تعويض الضرر غير المرفوع كما سبق القول . ويجوز أن يكون التعويض في جعل البائع يصلح العيب إذا كان قابلاً للإصلاح ، أو أن يصلحه المشتري على نفقة البائع (١) .

٣٧٥ - هلك المبيع الميب - نص مصرى قانونية : وتنص المادة ٤٥١ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« نبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان (٢) » .

(١) أوبرى ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة هامش رقم ١٤ - جوار ١ فقرة ٤٥٧ - بودرى وسينيا فقرة ٤٣٤ - بلانبول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٥ - ويشترط أن يكون الإصلاح مكناً في مدة معقولة ، أما إذا كان يقتضى مدة طويلة يحرم في أثناءها المشتري من الانتفاع بالمبيع ، جاز له المطالبة بتعويض نقدي (أنسيكلويدى والوز ٥ لفظ Vice Réd. فقرة ١٩) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ١٩٧ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتى :
« نبقى دعوى الضمان ، حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدرًا » . وفى لجنة المراجعة عدل النص فأصبح مطابقاً لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد ، وذكر فى اللجنة أنه إذا هلك المبيع بفعل المشتري طبقت القواعد العامة إذ يمنع على المشتري طلب الفسخ (أى طلب رد المبيع) ولا يرجع إلا بضمان العيب (أى بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب) . وصارت المادة رقمها ٤٦٤ فى المشروع النهائى . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥١ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٢٠ - ص ١٢١) .

ويقابل النص فى التقنين المدنى السابق : م ٢٢٣/٤٠٠ : إذا هلك المبيع بسبب العيب القديم فيكون هلاكه على البائع ، ويلزم حينئذ برد الثمن والمصاريف ودفع التضمينات على الوجه الموضح آنفاً بحسب الأحوال .

م ٤٠١ مختلط : إذا كان فى المبيع عيب قديم رهك بالكلية بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى ، فهلاكه أيضاً على البائع متى كان وجود العيب القديم فيه ثابتاً أو كان تقدير نقصان الثمن مكناً فى الأحوال الجائز فيها نقصانه .

(وتختلف هذه الأحكام عن أحكام التقنين الجديد كما هو ظاهر - والميزة بتاريخ إبرام البيع فى صريان أحكام التقنين الجديد - وانظر لى أحكام التقنين السابق الأستاذين أحمد نجيب الملل وسامد زكى فقرة ٤١٢) .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى :

التقنين المدنى السورى م ١١٩ (مطابقة للمادة ٤٤١ مصرى . وانظر فى القانون المدنى السورى الألمان مصلح الزرقا فقرة ٢٠٩ - فقرة ٢١٠) .

التقنين المدنى الليبي م ٤٤٠ (مطابقة للمادة ٤٤١ مصرى) .

وبفرض النص أن المبيع المغيب قد هلك بعد أن تسلمه المشتري ، لأنه لو كان قد هلك قبل التسليم فإن هلاكه يكون على البائع ولا محل إذن لقيام ضمان المغيب . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بأن التقنين الجديد « اكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبقى حتى لو هلك المبيع . . حتى تنتفى الشبهة : أن هلاك المبيع قد يستلزم دعوى الضمان (١) » .

فهلاك المبيع المغيب إذن وهو في يد المشتري لا يسقط دعوى الضمان . فيجوز للمشتري دائماً أن يطالب البائع ، بالرغم من هلاك المبيع ، بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب المغيب على النحو الذى بيناه فى حالة استبقاء المشتري للمبيع . أما إذا كان المغيب جسيماً إلى حد يسوغ للمشتري رد المبيع ، فلا يجوز شترى الرجوع على البائع بالتعويض الكامل عن كل المبيع إلا إذا كان هلاك بيع غير منسوب إلى فعله . فإذا كان الهلاك بسبب المغيب أو كان بسبب أجنبي . يكون غير منسوب إلى فعله ، ويكون له فى هذه الحالة أن يطالب البائع بالتعويض الكامل على النحو الذى يرجع به فى حالة الاستحقاق الكلى ، ولا يكون مطالباً برد المبيع (٢) لأن الرد استحالة عليه لا بفعله بل بسبب

== التقنين المدنى العراقى م ٥٦٤ : إذا هلك المبيع المغيب فى يد المشتري ، فهلاكه عليه ، ويرجع على البائع بنقصان الثمن .

(وحكم التقنين العراقى يختلف عن حكم التقنين المصرى - انظر فى القانون المدنى العراقى الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٢ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٠٧ - فقرة ٥٢٩) .

تقنين الموجبات والمقنود اللبناني م ٤٥٥ : لا يحق للمشتري استرداد شيء ولا خفض الثمن إذا كان لم يستطع رد المبيع فى الأحوال الآتية : أولاً - إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة أو بخطأ من المشتري أو من أشخاص هو مسئول عنهم . ثانياً - إذا كان المبيع قد سرق أو انتزع من المشتري . ثالثاً - إذا حول المشتري المبيع إلى شكل لم يبق معه صالحاً لما أعد له فى الأصل .

م ٤٥٦ : إذا هلك المبيع بسبب المغيب الذى كان مصاباً به أو بقوة قاهرة ناشئة من هذا المغيب ، كان هلاكه على البائع ولزمه أن يرد الثمن . وإذا كان سبب المغيب ، لزمه أيضاً أن يؤدى بدل المثل والضرر .

(وحكم التقنين اللبناني يختلف بعض الاختلاف عن حكم التقنين المصرى) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤ .

(٢) إلا ما عسى أن يكون باقياً منه إذا كان الهلاك جزئياً .

أجنبي ، وإنما يرد إلى البائع ما أفاده عن المبيع (١) . أما إذا كان الهلاك بفعله ، فإنه لا يستطیع الرجوع بتعويض كامل إذ قد تعذر عليه رد المبيع بسبب يرجع إلى فعله ، ومن ثم وجب عليه أن يكتفي بمطالبة البائع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب على النحر المبين في حالة استيفائه للمبيع (٢) .

٣٧٦ - بعض ظروف غير الهلاك نظراً إلى المبيع المغيب :

وقد بطراً على المبيع المغيب ظروف أخرى غير الهلاك الذي سبق بيان حكمه ، وقد كان التقنين السابق يتناول هذه الظروف في شيء من الإسهاب ، ناقلاً في بعض الحالات أحكام الفقه الإسلامي . والفقه الإسلامي يعرف خيار العيب ، ويقرر فيه أحكاماً مفصلة معروفة ، لا يساير في بعضها المبادئ العامة للقانون المصري ، فلم ينقلها التقنين الجديد حتى يحتفظ لضمان العيب بالناسق في أحكامه ، فوجب الرجوع في هذه المسائل إلى القواعد العامة (٣) .

(١) أنظر في هذا المعنى في حالة هلاك المبيع بسبب العيب المادة ٤٥٦ من تقنين المبيعات والمقود البنى (آنفاً في نفس الفقرة في الهامش) . وفي التقنين الفرنسي (١/١٦٤٧) الهلاك على المشتري ولو هلك الشيء مبيعاً ، إلا إذا كان العيب هو سبب الهلاك ، أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي تحمل تبعته المشتري . وهذا الحكم متقد من الفقه الفرنسي (جيوار ١ فقرة ٤٧٩ - أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ هامش رقم ٢٢ - ولكن بودري وسبنا فقرة ٤٣٩ يدافعان عن هذا الحكم لاعتبارات عملية) . والتقنين الألماني (م ٤٦٢) يجعل هلاك المبيع المغيب بسبب أجنبي على البائع لا على المشتري ، كما كان يفعل القانون الروماني (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٥٧ هامش ٤) - وهذا هو أيضاً رأي بوتيه (بوتيه في البيع فقرة ٢١٩) . ويدافع كولان وكايتان عن الحكم الذي قرره التقنين الألماني لاعتبارات عملية هي عكس الاعتبارات العملية التي دافع بها بودري وسبنا عن الحكم الذي قرره التقنين الفرنسي : تعذر معرفة ما إذا كان المبيع قد هلك بسبب أجنبي أم بسبب العيب .

(٢) أنظر في هذا المعنى ما دار في لجنة المراجعة في شأن النص : آنفاً نفس الفقرة في الهامش . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٧ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٤٨ - الأستاذ محمد كامل عيسى فقرة ١٩١ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٧٢ والأستاذ عبد المنعم القهراوى فقرة ٣٥٤ والأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤ .

ولكن إذا كان استعمال المبيع لا يكون إلا باستهلاكه ، كالبنور تغرس في الأرض ، كالسجاد يحتفظ بها ، جاز للمشتري أن يرجع بتعويض كامل دون أن يرد المبيع وإن كان قد هلك بسبب (٣) . ونقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : ولم ير مشروع أن يغفل ما قرره التقنين الحال (السابق) بشأن ظهور عيب بالمبيع قبل التسليم أو بعده =

ونذكر من الظروف التي قد نظراً على المبيع المعبى ، غير الهلاك ، الظروف الآتية : (١) ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم (٢) تصرف المشتري في المبيع المعبى (٣) تحول المبيع المعبى إلى شيء آخر (٤) زوال العيب الذى كان لاحقاً بالمبيع (١) . ونبين فى إيجاز ماذا يؤدى إليه تطبيق القواعد العامة فى كل من هذه الظروف

= (م ٣١٦ - ٣١٧ / ٢٩٠ - ٢٩٢) ، وبشأن ظهور عيب جديد فى المبيع (م ٢٩٩ مخطئ) ، وبشأن هلاك المبيع بسبب العيب القديم أو بسبب عيب جديد أو بحادث قهرى (م ٢٢٢ / ٤٠٠ - ٤٠١) ، فهذه كلها تفصيلات يحسن الرجوع فيها إلى القواعد العامة ، واكتفى بأن قرر أن دعوى الضمان تبنى حتى لو هلك المبيع بسبب العيب أو هلك قضاء وقدر (٩٧ هـ من الم شروع) ، حتى تقتضى الشبهة فى أن هلاك المبيع قد يسقط دعوى الضمان (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) . (١) وقد تناول التقنين المدنى السابق أيضاً تعيب بعض المبيع . فنصت المادة ٢٩٠ / ٣١٦ على أنه : فى الأحوال التى يثبت فيها للمشتري حق الفسخ إذا كان البيع فى جملة أشياء معينة ، وظهر بعضها عيب قبل التسليم ، فليس له فسخ البيع إلا فى جميع المبيع . ونصت المادة ٢٩١ / ٣١٧ على أنه : إذا ظهر العيب بعد التسليم ، فالمشتري فسخ البيع فيما ظهر فيه العيب فقط إذا لم يترتب على فسخ المبيع ضرر . ونصت المادة ٢٩٢ من التقنين المدنى المختلط على أنه إذا كان المبيع فى الأحوال المذكورة من الأشياء التى يقوم بعضها مقام بعض ، جاز للمشتري ولو بعد التسليم فسخ البيع ولو فى جزء من المبيع .

ولم ينقل التقنين الجديد هذه النصوص ، فتكون مارية على البيع الذى تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٠ . أما بعد ذلك فيجب تطبيق القواعد العامة ، وهذه تقضى بأن المبيع إذا تعيب فى بعضه ، كان للمشتري أن يرد كله ويأخذ تعويضاً كاملاً إذا كان العيب بحيث لو كان يطمه وقت البيع لما أقدم على الشراء . وله مع ذلك أن يرجع بتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب العيب إذا اختار استبقاء المبيع أو كان العيب لم يبلغ من الجسامة الحد المشار إليه . وهذا كله إذا كان المبيع غير قابل للتجزئة ، وإلا جاز رد البعض واستبقاء البعض الآخر . أنظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٧٥ - الأستاذ محمد على إمام ص ٣٨٧ - ص ٣٨٨ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى فقرة ١٧١ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٠٦ - ٢٠٧ - ويكون المبيع قابلاً للتجزئة أو غير قابل لها بالنظر إلى الغرض المقصود منه ، وهذه مسألة واقع (هودى وسينا فقرة ٤٤٠ - بلانيول وريبير ، هامل ١٠ فقرة ١٢٤) .

وقد أورد التقنين المدنى العراقى فى هذه المسألة نصاً تأثر فيه بالفقه الإسلامى ، إذ قضت المادة ٥٩١ من هذا التقنين بأن : ما بيع صفقة واحدة إذا ظهر بعضه معيباً ، فإذا لم يكن سريقه ضرر كان للمشتري أن يرد المبيع مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن ، وليس له أن يرد الجميع ما لم يرض البائع . أما إذا كان هناك فى تفريقه ضرر ، رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن .

فاذا ظهر عيب جديد بالمبيع بعد التسليم ، فظهور هذا العيب إذا كان بسبب أجنبي لا يمنع المشتري من رد المبيع وأخذ تعويض كامل ، لأن عيب المبيع بسبب أجنبي لا يمنع من ذلك فأولى ألا يمنع منه تعيب المبيع بعيب جديد بسبب أجنبي . أما إذا كان العيب الجديد بفعل المشتري ، كان هذا مانعاً من الرد ، ويقتصر المشتري في هذه الحالة على أخذ تعويض من البائع بسبب العيب الجديد مع استبقاء المبيع (١) .

وأورد تقنين الموجبات والعقود البناني في هذه المسألة النصوص الآتية : م ٤٥٠ : إذا كان المبيع منقداً هل مجموع أشياء مبنية ، وكان قسم منها متعباً ، حق للمشتري أن يذرع بالحق الممنوح له في المادة السابقة . وإذا كان المبيع من المثليات : فلا يحق للمشتري أن يطلب إلا تسليم كمية أخرى من النوع نفسه خالية من تلك العيوب . غير أنه يبقى له حق المطالبة ببدل العطل وللضرر عند الاقتضاء . م ٤٥١ : إذا كان المبيع عدة أشياء مختلفة اشتراه جملة بثمن واحد ، حق للمشتري ، حتى بعد الاستلام ، أن يفسخ البيع فيما يختص بالقسم المتعيب من تلك الأشياء ، وأن يسترد من الثمن جزءاً مناسباً له . أما إذا كانت الأشياء مما لا يمكن التفريق بينها بدون ضرر ، كأن تكون أزواجاً ، فلا يحق له إلا فسخ البيع كله . م ٤٥٢ : إن الفسخ بسبب عيب في أصل المبيع يتناول فروعه أيضاً ، وإن كان ثمن الفروع مبيعاً على حدة . وعيب الفروع لا يفسخ بيع الأصل .

(وقد خرج التقنين البناني في بعض هذه النصوص هل قاعدة وحدة الصفقة) .

(١) وكان التقنين المدني المختلط (م ٢٩٩) يورد في هذه المسألة الحكم الآتي : « إذا حدث المبيع بسبب حادث قهري جديد . . . أو كان المبيع بعد تسليمه تغيرت حالته بفعل المشتري أو بفعل أي شخص آخر ، فلا يكون للمشتري الحق في فسخ البيع إلا إذا كان العيب الحادث قد زال أو كان البائع قد ارتضى أخذ المبيع مع وجود العيب الجديد فيه . إنما يسوغ للمشتري أن يطلب تنقيص الثمن بالكيفية المبنية آنفاً مع مراعاة العيب الجديد أو التنوير الذي حصل » . فهذا النص يمنع المشتري من رد المبيع حتى لو كان العيب الجديد بسبب حادث قهري ، وهذا على خلاف مقتضى التواعد العامة كما بينا . ولما كان هذا النص في التقنين المختلط ليس له نص يقابل في التقنين الوطني ، فلا يطبق إلا في البيع الذي كان خاصاً لتقنين المختلط وكان قد تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٢٩ .

وأورد للتقنين المدني العراقي (م ٤٦٢) في هذه المسألة الحكم الآتي رند تأثير فيها بالفقه الإسلامي : « إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري ، فليس له أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه ، بل له أن يتألم بتنقصان الثمن ، ما لم يرضى البائع بأخذه على محبه ولم يوجد مانع للرد . ٢ - فإذا زال العيب الحادث ، عاد للمشتري حق رد المبيع بالعيب القديم على البائع » .

وأورد تقنين الموجبات والعقود البناني في هذه المسألة النصوص الآتية م ٤٤٧ : لا سبيل

وإذا تصرف المشتري في المبيع المعيّب ، فإن كان تصرفه بعد اطلاعه على العيب ، اعتبر هذا زولاً ضميناً منه عن ضمان العيب ، إلا إذا احتفظ بحقه قبل التصرف وعند ذلك لا يرجع إلا بتعريض عن العيب لأنه استبقى المبيع وتصرف فيه (١) ، أو إلا إذا رجع عليه من اشترى منه بضمان هذا العيب وعند ذلك يصح له هو أيضاً الرجوع على بائعه . وقد أورد التقنين المدني السابق نصاً في هذه المسألة يتفق مع هذا الحكم ، فقضت المادة ٤٠٣/٣٢٥ من هذا التقنين بأن « تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب يوجب سقوط حقه في طلب الضمان » (٢) . أما إذا كان تصرف المشتري في المبيع المعيّب قبل اطلاعه على العيب ، فإنه لا يستطيع في هذه الحالة رد المبيع إلى بائعه بالعيب ، إذ يتعذر عليه أن يسترده ممن اشتراه . هو لهامن للمعرض ، والاسترداد والضمان لا يجتمعان كما سبق القول . فلا يبقى

= لفسخ البيع ، ولا حق للمشتري إلا في المطالبة بتخفيض الثمن : أولاً - إذا تعيب المبيع بنظراً منه أو من الأشخاص الذين يكون مشمولاً عنهم . ثانياً - إذا استعمل المشتري المبيع استعمالاً يؤدي إلى نقص كبير في قيمته . ويسرى هذا الحكم إذا استعمل المبيع قبل علمه ، أما إذا كان الاستعمال بعد العلم بالعيب فنظر^١ كالمادة ٤٦٢ . م ٤٦٢ : يسقط حق المشتري في دعوى الرد : أولاً - إذا عدل عنها صراحة بعد وقوفه على عيب المبيع . ثانياً - إذا كان بعد وقوفه على العيب قد باع الشيء أو تصرف فيه على وجه آخر بصفة كونه مالكا . ثالثاً - إذا استعمل المبيع لمنفعته الخاصة واستمر على هذا الاستعمال بعد وقوفه على العيب . ولا يسرى حكم هذه القاعدة على البيوت والمستغلات الأخرى المماثلة ، فإنه يمكن الاستمرار في سكناها أو استعمالها في مدة المدعاة بفسخ البيع . وهذه النصوص تتفق مع القواعد العامة ، ويتفق أيضاً مع هذه القواعد نص المادة ٤٥٨ من نفس التقنين ويقضى بأن « تنقيص الثمن النشأ منه المشتري من أجل عيب مسلم به لا يمنعه من طلب فسخ البيع أو تخفيض آخر في الثمن إذا ظهر عيب آخر » .

(١) قارن الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٧ ،

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدي في هذا الصدد : ولم ير المشروع موجباً لإيراد ما قضته المادة ٤٠٣/٣٢٥ من التقنين لحال (السابق) وهي تقضى بأن تصرف المشتري في المبيع بأى وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخفى يوجب سقوط حقه في طلب الضمان ، فإن هذا حكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة « مجموعة الأعمال التحضيرية » (ص ١٢١) . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدني المراقى ، فقد نصت المادة ٥٦٦ من هذا التقنين على أنه « إذا أطلع المشتري على عيب قديم في المبيع ، ثم تصرف فيه تصرف الملاك . سقط خياره » . أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٦٢ من تقنين الموجبات والمفرد البناني وقد سبق ذكرها في الهامش من نفس الفقرة .

أمام المشتري الأول إلا الرجوع على بائعه بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب على الوجه الذي بيناه (١). وهذا ما لم يرد المشتري الثاني المبيع بالعيب ، فعند ذلك يستطيع المشتري الأول عوايضاً أن يرد المبيع على بائعه ، بنفس العيب (٢). وكنصر المشتري في المبيع المعيب ترتيبه عليه حقاً بغير ، كحق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن (٣).

وإذا تحول المبيع المعيب وهو في يد المشتري إلى شيء آخر ، فإذا كان هذا التحول بفعله ، فإن كان بعد إطلاعه على العيب سقط على البائع الضمان ، وإن كان قبل إطلاعه على العيب امتنع الرد ولم يستطع المشتري الرجوع على البائع إلا بتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب (٤). وإذا كان هذا التحول بسبب أجنبي لم يمنع التحول الرد ، لأن الملاك بسبب أجنبي لا يمنع الرد فأولى ألا يمنعه مجرد التحول (٥).

وإذا زال العيب الذي كان لاحقاً بالمبيع ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً إذا زال لا يرجع ، لم يعد للمشتري أن يرجع على البائع بشأن العيب ، لأن سبب

(١) بلانيول وريبير ومادل ١٠ فقرة ١٢٤ ص ١٥٤ .

(٢) بودري وسينيا فقرة ١٣٢ ص ٤٤١ - ٤٥٢ - وتدرج في المادة ١١٤/٢٨٨ من القانونين المذكورين سابقاً : ... يكون المشتري مخيراً بين نسخ البيع بغير إضرار بمحقوق الغير رهن ، وبين طلب نقصان الرهن ، ويبرهن هذا النص أن الفسخ جائز إذا ثبت تغيير على المبيع حتى غير الرهن . ونظائر أن الفسخ لا يجوز من باب أول إذا ثبت التغيير بدلالة من كونه حق الملكية ذاته ، إنما يخص الرهن بالذكر لأن القانون المذكور السابق كان يمتنع حماية المدينين .

(٣) أبري ودر ٥ فقرة ٢٤٤ مكررة ص ٨٤ - بلانيول وريبير ومادل ٤٥ فقرة ١١٤ ص ١٤٠ و ص ١٤٢ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٩٢٧ - وفارون بودري وسينيا فقرة ٤٢٥ - وذلك ما لم يقض المشتري هذا الحق الذي وثقه الغير ، كأن دفع الدين للمدين المرتهن والمطلب الرهن . (٤) بلانيول وريبير ومادل ١٠ فقرة ١١٧ ص ١٤١ .

(٥) أنظر أيضاً في هذا المعنى المادة ٤٤٥ من قانون الرهنات والالتزامات ، وقد ذكرنا آنفاً فقرة ٢٧٤ من المادتين المذكورتين المذكورتين (١١٧٢) في هذا الشأن الحكم الآتي : ... زيادة على ما مال المشتري على المبيع لمنع كونه ، كما يقع لتحويل المبيع أو التنازل في الأرض المعينة أو ظهور الأمر في الشجر المبيع ، ... فإذا كان في المبيع زيادة مائة من الرد ، ثم أطلعت المائدة على مائة من الرد ، فبأنه يرجع على البائع والضمان المذكورين .

الضمان قد زال لا إلى رجعة فيزول الضمان بزوال سببه . وقد نص تنين
الرجعات والعقود البناني على هذا الحكم صراحة ، فقضت المادة ٤٥٩ من هذا
التنين بأن « تسقط دعوى الرد إذا زال العيب قبل إقامة دعوى الفسخ أو دعوى
تخفيض الثمن أو في أثناءهما ، وكان هذا العيب بطبيعته مؤقتاً وغير قابل للظهور
ثانية . ولا يجري هذا الحكم إذا كان العيب قابلاً بطبيعته للرجوع » .

٣٧٧ - تقادم دعوى ضمان العيب الخفي - نص مصرى قانونية :

نص المادة ٤٥٢ من التنين المدني على ما يأتي :

١ - تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع
ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان
لمدة أطول .

٢ - على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتقادم إذا ثبت أنه
تعمد إخفاء العيب غشاً منه (١) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٩٨ من المشروع التمهيدى على رجة مطابق
لما استقر عليه في التنين الجديد . ووافقت عليه لجنة المراجعة تحت رقم ٤٦٥ من المشروع
النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٢ (مجموعة الأعمال
التحضيرية : ص ١٢٢ وص ٢٢٥) .

ويقابل النص في التنين المدني السابق المادة ٢٢٤/١٠٢ ، ونجري على الوجه الآتى : « يجب
تقديم دعوى الضمان الناشئة من وجود عيب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها ،
وإلا سقط الحق فيها » . وبخالف هذا النص نص التنين الجديد في أمور ثلاثة : أولاً - مدة التقادم
في التنين الجديد سنة ، وهى ثمانية أيام في التنين السابق . ثانياً - وهى مدة تقادم في التنين
الجديد ، ومدة سقوط لا مدة تقادم في التنين السابق (الأستاذان أحد نجيب الهلاك وحامد رز
فقرة ٤١٦) - ثالثاً - وتسرى المدة في التنين الجديد من وقت التسليم ، وفي التنين السابق
من وقت العلم اليقيني بالعيب (نقض مدنى ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ،
رقم ٤٧ ص ٣٠٧) . وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
وعلى المشروع أحكام المادة ٢٢٤/١٠٢ من التنين المدني الخالى (السابق) ، وهى تقضى بوجوب
تقديم دعوى الضمان الناشئة من عيوب خفية على ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها وإلا سقط
الحق فيها . فراعى أن مدة قصيرة لا تكاد تتسع لرفع الدعوى ، وقرر أن التقادم لا يتم =

وري من ذلك أن مدة التقادم في دعوى ضمان العيوب الخفية مدة قصيرة ،

== إلا بإتضاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك (م ٩٧ من المشروع) ، فأمال المدة إلى سنة ، ولكنه جعلها تسرى من وقت التسليم لا من وقت العلم بالعيب وهذا أكثر تحقيقاً لاستمرار التنازل (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٤) . وإذا كان التقنين السابق جعل المشتري يبادر إلى رفع الدعوى في ثمانية أيام ، فإن التقنين الجديد جعله يبادر إلى إخطار الدائم بالعيب في خلال مدة معقولة ثم يرفع الدعوى خلال سنة من وقت تسليم المبيع .

ومدة سقوط في التقنين السابق بوجه عام أقصر من مدة التقادم في التقنين الجديد ، ولكنه قد تكون أطول إذا لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد نحو سنة من تسليمه للمبيع بحيث أنه لو ضم إلى هذه المدة ثمانية أيام كان المجموع أطول من سنة .

ويبدو أنه لا محل لتطبيق المادة ٨ مدني في تنازع التقنينين الجديد والسابق من حيث الزمان ، لأن المدة في التقنين السابق مدة سقوط وهي مدة تقادم في التقنين الجديد كما سبق القول . وإن ثم يسرى التقنين السابق في عقود البيع التي أبرمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . ويسرى التقنين الجديد في عقود البيع التي أبرمت بعد ذلك .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٢٢٠ (مطابقة للمادة ٢٥٢ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢١٤ - فقرة ٢١٥) .

التقنين المدني الليبي م ٢٤١ (مطابقة لمادة ٢٥٢ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٠ - ١ - لا تسع دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول . ٢ - وليس للبائع أن ينسك بهذه المدة لمرور الزمان إذ ثبت أن إخفاء العيب كان بغش منه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام التقنين المصري ، فيما عدا أن المدة في التقنين العراقي ستة أشهر وهي في التقنين المصري سنة - انظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٦٨ والأستاذ دباس حسن الصراف فقرة ٥٣٨ - فقرة ٥٤٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٦٣ : إن الدعوى الناشئة عن وجود عيوب موجبة لرد المبيع أو عن خلوه من الصفات الموعود بها يجب أن تقام على الوجه التالي وإلا سقط الحق في إنائها : (١) تقام من أجل الأموال الثابتة في خلال ٣٦٥ يوماً بعد التسليم . (٢) وتقام من أجل المنقولات والحيوانات في خلال ثلاثين يوماً بعد التسليم على شرط أن يرسل إلى البائع البلاغ المصرس عليه في المادة ٤٤٦ . وهناك المهلتان يمكن تمديد يدهما أو تقصيرهما باتفاق المتعاقدين . (وهناك فرقان بين أحكام التقنين اللبناني وأحكام التقنين المصري : (١) المادة في التقنين اللبناني ٣٦٥ يوماً للمعار ومثلثون يوماً للمنقول ، وهي في التقنين المصري ستة أشهر من المعار المنقول . (٢) يمكن الاتفاق على تقصير المدة في التقنين اللبناني ، ولا يمكن ذلك في التقنين المصري) .

وذلك حتى يستقر الثمن ولا يكون البائع مهتداً بهذا الضمان أمداً طويلاً يتعذر به التعرف على منشأ العيب وهل هو قديم فيضمن أو حادث فلا يضمن . والمدة كما نرى سنة واحدة تسرى من وقت تسليم المشتري للمبيع ، ففي هذا الوقت يصبح من الممكن للمشتري أن يفحص المبيع ليتبين ما إذا كان فيه عيب مرجح . بيان (١) . ومتى انقضت السنة سقطت بالتقادم دعوى ضمان العيب الخفي ، حتى لو كان المشتري لم يعلم بالعيب إلا بعد انقضاء هذه السنة ، فقد أراد المشرع أن يشرع التعامل كما قدمنا ، ففي سلم البائع المبيع للمشتري وانقضت سنة على هذا التسليم أمن البائع تبعه ضمان العيب الخفي واطمأن إلى استقرار الصفقة ، غير ملق بالآ إلى ما إذا كان المشتري سيطلع فيما بعد على عيب في المبيع .

ومدة السنة يجوز قطعها وفقاً للقواعد المقررة في قطع مدد التقادم (٢) ، ولكنها لا ترقف في حق من لا تتوافر فيه الأهلية أو في حق الغائب أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية ، ولو لم يكن له نائب بمثله قانونياً ، لأن المدة لا تزيد على خمس سنوات (م ٢/٣٨٢ مدني) . وتوقف المدة إذا وجد سبب لوقف غير الأسباب المتقدمة (م ١/٣٨٢ مدني) .

ولا يجوز الاتفاق على تقصير هذه المدة ، لأن الأصل أنه لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون (٣) . وإذا كان

(١) ولذلك يجب أن يكون التسليم فعلياً ، فلا يكفي التسليم الحكي ، ولو أن المادة ٤٥٢ مدني في حالت هذه لم تصرح بذلك كما صرحت المادة ٤٢٤ مدني في خصوص العجز والزيادة في مقدار المبيع (انظر الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٠ ولكن قارن ص ٣٢٧ دامش ١ - وانظر الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٥ - الأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٨٤ - ص ٢٨٥ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٥١ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٤) . (٢) ولا يكفي إخطار البائع بالعيب لقطع التقادم ، بل يجب لقطعه عمل تتوافر فيه الشروط التي يتطلبها القانون .

(٣) انظر مع ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ص ١٢٧) من أنه يجوز الاتفاق على إنقاص مدة السنة ، وهو غير صحيح - قارن الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٥ والأستاذ محمد على إمام ص ٤٩١ ، والأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٢٨٦ و ص ٢٨٧ والأستاذ جميل الشرقاوي ص ٢٨٨ والأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٥١ ص ٤٢١ و فقرة ٣٤٧ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢١٠ ، ويلعبون مع الذكرة الإيضاحية إلى برار الاتفاق على إنقاص مدة التقادم .

يجوز الاتفاق على إطالة السنة ، فذلك لأنه ورد في هذا الشأن نص صريح ،
إذ تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٢ مدني : « ما لم يقبل
البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول » . وإذا أضفنا إلى ذلك الفقرة الثانية من
المادة ٤٥٢ مدني ، تبين أن مدة التقادم في ضمان العيب الخفي تكون أطول من
سنة في حالتين : (١) إذا انقضى المتعاقدان على إطالة مدة السنة . كذلك يجوز
بعد تمام السنة أن ينزل البائع ولو ضمناً عن التقادم بعد أن اكتمل ، وفقاً
للقواعد العامة (م ٣٨٨/٢ مدني) . (٢) إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد
إخفاء العيب عنه غشاً (١) ، فعند ذلك تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من
وقت البيع لا من وقت التسليم ، رجوعاً إلى الأصل بعد أن خرجنا من نطاق
الاستثناء . فإذا كشف المشتري العيب الذي أخفاه عنه البائع غشاً حتى بعد
انقضاء السنة ، كان له أن يرفع دعوى ضمان العيب في خلال خمس عشرة سنة
من وقت البيع كما قدمنا (٢) .

٤ ٣ - الاتفاق على تعديل أحكام ضمان العيب الخفي

٣٧٨ - **النصوص القانونية :** تنص المادة ٤٥٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن
يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا
كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه » .

(١) ولا يكفي مجرد علم البائع بالعيب ، فلو علم بالعيب ولكن لم يتعمد إخفائه غشاً كانت
مدة التقادم سنة من وقت التسليم .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ثم أجاز (المشروع)
أن تطول السنة في حالتين : (أولاً) إذا قبل أن يلتزم بالضمان لمدة أطول ، وهذا اتفاق
على تعديل الضمان بالزيادة فيه وسبباً ذكر ذلك . (ثانياً) إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن
منه ، فلا تسقط دعوى الضمان في هذه الحالة إلا بخمس عشرة سنة ، مجموعة الأعمال التحضيرية ،
ص ١٢٤ » .

(م ٤٨ - الوسيط ج ٢)

وأنه لا بد من دليل على ما يأتي :

١- إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع ،
فعلى أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره وأن يرفع
الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار وإلا سقط حقه في الصيانة ، كل
هذا ما يتفق على غيره (١) .

وقابل النص الأول في التقنين المدني السابق المادة ٣٢١/٣٩٦ (٢) . ولما قابل
النص الثاني ولكنه تطبيق للقواعد العامة إلا بما يتضمن المراجعة المذكورة فيه .

(١) تاريخ النصوص

م ٤٥٢ : ورد هذا النص في المادة ٥٩٩ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي لم يذكر بشكل دل عبارة
« ثمانية » الواردة في آخر النص . ووافقت لجنة المراجعة على النص تحت رقم ٤٦٦ في المشروع
النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . وأضافت لجنة الشيوخ عبارة « ثمانية » في آخر النص ،
ولقد أصبح رقمه ٤٥٣ . ووافق مجلس الشيوخ على النص كما عدله لحنه (مجموعة الأعمال
التحضيرية ٤ ص ١٢٦ - ١٢٨)

م ٤٥٤ : ورد هذا النص في المادة ٦٠١ من المشروع التمهيدي على وجه يتفق مع ما استقر
عليه في التقنين المدني الجديد ، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي كان يجعل المدة التي ترفع فيها
الدعوى ستة أشهر ، ولم يشتمل على عبارة « كل هذا » . ثم يتفق على غيره « الواردة في آخر
النص » . ووافقت لجنة المراجعة على النص بعد تعديل المدة التي مدتها فيها الدعوى من ستة إلى ستة شهور ،
وأصبح رقمه ٤٦٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ
عبارة « كل هذا » لم يتفق على غيره ، في آخر النص ، وأن الأحكام الواردة في النص من قبيل
القواعد المستعجلة التي يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وأصبح رقمه ٤٥٤ . ووافق مجلس الشيوخ
عليه كما عدله لحنه (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ - ١٤١)

(٢) التقنين المدني السابق م ٣٩٦/٢٢١ : وكذلك لا يكره وجه لصيانة البائع إذا كان قد
اشترط عدم ضمانه لمعيوب الخفية إلا إذا ثبت علمه بها .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص : « ويقتصر التقنين
أطال (السابقة) في نصه على صورة إسقاط الضمان ، فيشرع بقرار ذلك . لم يكن قد ثبت علم
البائع بالمعيوب (م ٢٢١/٣٩٦) . أما المشروع فيشترط تبطلان شرط الإسقاط أن يكون البائع
قد علم بإسقاط المبيع كما تقدم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) . إنظر في القانون
المدني السابق المقتضىين ١٠٢١ و ١٠٢٢ و ١٠٢٣ - وإنظر في سريان نصه من
التقنين الجديد من حيث كونه لا يُلغى بقدره ٣٧٩ في المادة ١٠٢١ »

وبقابل النصاب في التقنيات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤٢١ و ٤٢٣ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٤٢ و ٤٤٤ - وفي
التقنين المدني العراقي المادتين ٥٦٧ - ٥٦٨ - وفي تقنين الموجبات والمقود
اللباني المادتين ٤٦٠ - ٤٦١ (١) .

وتبين من هذه النصوص أنه قد يقع اتفاق بين المتبايعين على تعديل أحكام
ضمان العيب الخفي كما أوردناها فيما تقدم ، وقد يتخذ هذا الاتفاق صورة
خاصة هي ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل . فنبحث كلا من المسألتين .

٣٧٩ - تعديل أحكام ضمان العيب الخفي باتفاق خاص : أحكام ضمان العيب الخفي ، كأحكام ضمان التعرض والاستحقاق ، ليست من النظام

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢١ و ٤٢٣ (مطابقتان
للمادتين ٤٥٢ و ٤٥٥ مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطن الزرقا
فقرة ٢١١ - فقرة ٢١٣) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٢ و ٤٤٣ (مطابقتان للمادتين ٤٥٢ و ٤٥٥ مصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٦٧ : ١ - إذا ذكر البائع أن في المبيع عيباً فاشترى المشتري بالعيب
أدى سماعه له ، فلا خيار له في رده بالعيب المسمى ، وله رده بعيب آخر . ٢ - وإذا اشترط
البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود بالمبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب .
ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت انعقد ومن العيب الحادث بعده قبل
التبصر ، وفي هذه الحالة الثانية يبرأ من الموجود دون الحادث .
م ٥٦٨ : ١ - يجوز أيضاً للمتعاقدين باتفاق خاص أن يحددا مقدار الضمان . ٢ - على أن
كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعدد إخفاء العيب .
(وأحكام التقنين العراقي في مجموعها كأحكام التقنين المصري ، وانظر ما سنذكره فيما يلي
فقرة ٣٧٩ في الهامش . ولم يذكر ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان ليس
إلا تطبيقاً للقواعد العامة - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حري النذون فقرة ٢٦٤) .
تقنين الموجبات والمقود اللبناني م ٤٦٠ : لا يكون البائع مسئولاً عن العيوب الظاهرة ولا عن
العيوب التي سبق للمشتري أن عرفها أو كان من السهل عليه أن يعرفها . وإنما يكون مسئولاً ، حتى
عن العيوب التي كان من السهل على المشتري أن يعرفها ، إذا صرح البائع بخلو المبيع منها .
م ٤٦١ : لا يسأل البائع عن عيوب المبيع ولا عن خلوه من الصفات المطلوبة : أولاً - إذا
صرح بها . ثانياً - إذا كان قد اشترط أنه لا يتحمل ضماناً ما .

العام (١) ، فيجوز للمتبايعين أن يتفقا على تعديلها . والتعديل قد يكون - كما في ضمان التعرض والاستحقاق - بالزيادة أو بالإسقاط .

فالإتفاق على زيادة ضمان العيوب الخفية قد يتعلق بأسباب الضمان أو بمدى التعويض المستحق عند تحقق الضمان . مثل الزيادة في أسباب الضمان أن يشترط المشتري على البائع أن يضمن له كل عيب في المبيع لم يتبينه وقت التسليم حتى لو أمكن تبينه من طريق الفحص بعناية الرجل العادى ، أو أن يتفق معه على إطالة مدة التقادم فتكون أكثر من سنة وقد سبق ذكر ذلك . وضمان البائع صلاحية المبيع للعمل إنما هو ضرب من الاتفاق على زيادة أسباب الضمان كما سئى . ومثل زيادة مدى التعويض عند تحقق الضمان أن يشترط المشتري ، إذا ظهر عيب في المبيع يجزئ رده على البائع ، أن يسترد المصروفات الكمالية حتى لو كان البائع حسن النية ، أو أن يسترد أعلى القيمتين قيمة المبيع سالماً . فكل هذه الشروط التى من شأنها أن تزيد في ضمان البائع للعيب الخفى . نزهة ، ويجب العمل بها .

والإتفاق على إنقاص الضمان قد يتعلق أيضاً إما بأسباب الضمان وإما بدعوى التعويض . مثل إنقاص أسباب الضمان أن يشترط البائع على المشتري ألا يضمن له عيباً معيناً بذكره بالذات ، أو ألا يضمن له العيوب التى لا تظهر إلا بالفحص الفنى المتخصص (٢) . وقد قدمنا أنه لا يجوز إنقاص الضمان من ناحية الإتفاق على تقصير مدة التقادم ، بالرغم مما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع المبدى فى هذا الصدد . ومثل إنقاص مدى التعويض أن يشترط البائع على المشتري ، إذا رد المبيع المعيب عليه ، ألا يرد للمشتري إلا أقل القيمتين قيمة المبيع سليماً أو الثمن ، أو ألا يرد إلا قيمة المبيع سليماً دون أن يدفع أى تعويض آخر . وقد يتفق بائع السيارة مع المشتري على أنه إذا ظهر عيب فى بعض أجزاء

= (وأحكام التقنين البنائى فى مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصرى ، ولم يذكر للتقنين البنائى ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل ، ولكن هذا الضمان تطبيق للقواعد العامة) .

(١) استئناف منتلط ١٧ مايو - سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٤٢٥ .

(٢) وكأشراط البائع علم ضمان لون المبيع وسببته (أنسيكلويدى دالوز) لفظ Vice Réd.

ص ٤١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة (٢٨٤) .

السيارة انحصر الضمان في استبدال أجزاء سليمة بهذه الأجزاء المعيبة في خلال مدة معينة (١). فكل هذه شروط جائزة ، ويجب العمل بها . إلا أنه يشترط في صحتها ألا يكون البائع عالماً بالعيب الذي اشترط عدم ضمانه فتعتمد إخفاءه عن المشتري غشاً منه ، ذلك أنه لا يستطيع شخص أن يمتنع نفسه باتفاق خاص من المسؤولية عن غشه (٢). ولا يكفي أن يكون البائع عالماً بالعيب ، بل يجب أيضاً أن يتعمد إخفاءه . فإذا كان البائع عالماً بالعيب ولم يتعمد إخفاءه عن المشتري واشترط عدم ضمانه لهذا العيب ، جاز شرط عدم الضمان . وفسر ذلك بأن البائع قد نبه المشتري باشتراطه عدم الضمان إلى احتمال وجود العيب ، ولم يفشه بتعمد إخفاء العيب عنه ، فقبل المشتري تحمل هذه المخاطرة ، ولا بد أن يكون قد روعى ذلك في تقدير ثمن المبيع . ويقرب من هذا أن يكون العيب ظاهراً أو في حكم الظاهر أو معلوماً من المشتري ، فقد قدمنا أن البائع لا يضمنه . فكما أن إخفاء العيب شرط في وجوب الضمان ، كذلك ظهور العيب أو علم المشتري به هو بمثابة اتفاق ضمني على عدم الضمان .

والاتفاق على إسقاط الضمان يكون باشتراط البائع على المشتري عدم ضمانه لأي عيب يظهر في المبيع . ويصح هذا الشرط ، فلا يكون البائع ضامناً لأي عيب يظهر في المبيع (٣)، حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يتعمد

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ ققرة ١٢٩ ص ١٥٩ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على زيادة الضمان كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى ، أو على إنقاصه كما لو اشترطت مدة أقل من سنة (؟) أو اشترط قصر الضمان على العيوب التي لا تظهر إلا بعد الفحص الفني ، أو على إسقاط الضمان أصلاً . غير أن الاتفاق على الإنقاص أو الإسقاط باطل إذا اقترن بتعمد البائع لإخفاء العيب » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٧) .

(٣) وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٦٧ ، من التقنين المدني العراقي على ما يأتي : « وإذا اشترط البائع براءته من كل عيب أو من كل عيب موجود في المبيع ، صح البيع والشرط وإن لم يسم العيوب . ولكن في الحالة الأولى يبرأ البائع من العيب الموجود وقت العقد ومن العيب الحادث بعده قبل القبض ، وفي الحالة الثانية يبرأ من الموجود ثبوت الحادث ، (أنظر أيضاً فقرة ٢٧٨ في الهامش) ، وظاهر من هذا النص أن شرط براءة البائع عن كل عيب شرط =

١- ما عن المشتري (١) ويكون المشتري في هذه الحالة بمثابة من اشترى ساقط الخيار كما رأينا في ضمان التعرض والاستحقاق ، ويراعى ذلك عادة في تقرير من المبيع . ونرى من ذلك أن شرط إسقاط الضمان لا يصح إذا كان البائع عالماً بميب في المبيع وتعهد إخفاءه عن المشتري غشاً منه ، لأنه يكون في هذه الحالة قد اشترط عدم مسئولته عن الغش وهذا لا يجوز (٢) .

١٨٠ - ضمان البائع صراحة للمعمل : في بعض الأشياء الدقيقة الصنع السريعة الحلل ، كالآلات الميكانيكية والسيارات والساعات والثلاجات والدقابات والبطاريات الكهربائية وأجهزة الراديو ، يشترط المشتري على البائع أن يضمن له صلاحية المبيع للمعمل مدة معينة ، سنة أو سنتين أو نحو ذلك . فالمشتري في هذه الحالة يزيد من ضمان البائع ، لأنه لا يشترط خلو المبيع من العيوب

مطلق يعم العيب الموجود بالمبيع وقت البيع والعيب الحادث بعده وقبل القبض ، أما شرط مسؤولية البائع من كل عيب موجود بالمبيع فقد أريد به تخصيص العيوب الموجودة بالمبيع وقت البيع لأنها هي العيوب التي كانت موجودة في هذا الوقت فلا ينصرف الشرط إلى غيرها . وقد سائر من العراق في هذا الحكم الفقه الحنفى على خلاف في هذا الفقه . والعبرة في القانون المصري بتفسير نية المتعاقدين ، فإن أراد الإطلاق برى البائع من ضمان كل العيوب ويدخل العيب الحادث في البيع وقبل القبض ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب موجود بالمبيع . وإن أراد التخصيص برى البائع من ضمان العيوب الموجودة وقت العقد دون العيوب التي تحدث بعده ، حتى لو كان الشرط هو براءة البائع من كل عيب .

(١) وكان التقنين المدني السابق (م ٢٢١/٣٩٦) يقضى بنفي ذلك ، فكان لا يصح شرط إسقاط الضمان إذا ثبت علم البائع بالعيب (أنظر آند مرة ٢٧٨ في الهامش) . والعبرة بتاريخ البيع ، فإن تم قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ كان شرط إسقاط الضمان مع علم المشتري بالعيوب باطلاً ، وإلا كان صحيحاً وفقاً لأحكام التقنين الجديد .

وفي التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٤٣) لا يجوز شرط إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيب ، كما كان الأمر في التقنين المدني المصري السابق . وانقسم الفقه الفرنسي في إسقاط الضمان مع علم البائع بالعيوب إذا كان المشتري قد اشترى ساقط الخيار (à ses risques et périls) ، فرأى يذهب إلى إسقاط الضمان (أوبري ورو ٥ فقرة ٣٥٥ مكررة ص ٨٥ وهامش ٢٠ - بلانيول وزيبير وهامل ١٠ فقرة ١٣٩ ص ١٦٥) ، ورأى يذهب إلى عدم إسقاطه (لوران ٢٤ فقرة ٣٠٥ - جيوار ١ فقرة ٣٥٤ - بودري وصينيا فقرة ٤٢١) .

(٢) ومثل ذلك أن يكون العيب ناشئاً من فعل البائع ، فيكون باطلاً بالاتفاق على عدم ضمان العيب أو الاتفاق المطلق على إسقاط الضمان (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٦) .

فموجب ، بل يشترط أيضاً صلاحية المبيع للعمل بقضع النظر عما إذا كان فيه عيب أو لم يكن (١) . والذي يعنى المشتري في مثل هذه الحالات هو أن يكون المبيع صالحاً للعمل ، ولا يعنيه أن يكون عدم الصلاحية راجعاً إلى عيب معين . ذلك أن تركيب المبيع في هذه الحالات يقتضى مرادة دقة فنية ، أى خلل فيها يجعل المبيع غير صالح للعمل ، دون أن يمكن إسناد ذلك إلى عيب بالذات . ومن هنا يجيء احتياط المشتري ، فيحصل من البائع على ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ويضمن بذلك إلى أنه اشترى شيئاً صالحاً للعمل هذه المدة على الأقل ، ويغلب أن المبيع إذا صالح للعمل هذه المدة يكون صالحاً للعمل بعد انقضاءها إلى المدى المألوف في التعامل . وهذا الشرط جائز ، ويجب العمل به .

ويتميز هذا الضمان الخاص عن زيادة الضمان بوجه عام فيما يأتي :

أولاً - أنه يجعل الضمان شاملاً لأي نوع من الخلل في المبيع حتى لو لم يكن هذا عيباً ، فيكفي ألا يكون المبيع صالحاً للعمل حتى يتحقق الضمان (٢) . ومعنى من البيان أن هذا الضمان لا يمنع ضمان البائع للميوب الخفية ، فيضمن ظهور عيب في المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح (٣) ، كالعيب في طلاء الساعة الخارجى (٤) ، فتسرى القواعد المقررة في ضمان العيب الخفى ومن أهمها أن تكون مدة التقادم سنة لا ستة شهور وأن يكون الإخطار في الوقت الملائم لا في مدة شهر (٥) .

(١) قارن الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ - وقد يرجع عدم صلاحية المبيع للعمل إلى عيب ظاهر غير خفى ، فيضمنه البائع بالرغم من ظهوره وعدم خفائه ، ومن ثم كان هذا الشرط زيادة في الضمان المتأخر (بوزرى وسينيا فقرة ٤٢٤ ص ٤٢٤) .

(٢) وذلك ما لم يكن عدم صلاحية العمل راجعاً إلى المشتري ، كأن تقتضى الإزالة من يده فتعكس (الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١) .

(٣) بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٨٩ .

(٤) الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٢١١ .

(٥) أستاذ كوريبي دالوز ، في Vice Réd. فقرة ٧٤ - ويكون هذا بموجب إرادة المضمنين ، فإن كانا يريدان جعل هذا الضمان يمل ضمان الميوب الخفية لم يكن الأمر غير مل إلى جانب ، وإن كانا يريدان هذا الضمان بالإضافة إلى ضمان الميوب الخفى دون أن يمل عليه إرادة الإزالة ، أنظر في هذه المسألة قول أنه يجب أن يريد المضمنان

ثانياً - أن يقترن بمدة معينة يكون فيها البائع مسئولاً عن الضمان ، وهي مدة يقدر المشتري أنها تكفي لتجربة صلاحية الشيء للعمل كما إذا كان المبيع سيارة أو سيارة ، أو أنها تكفي لاستهلاك المبيع ذاته كاشتراط سنة لصلاحية البطارية الكهربائية .

ثالثاً - أن المدة التي يجب فيها أن يخطر المشتري البائع بالحلل هي شهر من وقت ظهوره ، وإلا سقط الضمان . وفي الضمان العادي لم تحدد مدة للإخطار ، بل يكون ذلك في الوقت الملائم كما سبق القول . ولا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان في الحالة التي نحن بصددتها على أن تكون مدة الإخطار أكثر من شهر أو أقل ، فليست أحكام هذا النص من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها كما ورد صراحة في النص (١) .

رابعاً - أن المدة الواجب رفع دعوى الضمان فيها هي ستة شهور من وقت الإخطار . وفي الضمان العادي المدة ستة من وقت تسليم المبيع كما قدمنا . ولا يوجد ما يمنع من الاتفاق على أن تكون المدة أقل من ستة شهور . فليست المدة هنا مدة تقادم بل هي مدة سقوط وهي ليست من النظام العام فتجوز إطالتها وتجوز تقصيرها باتفاق خاص . أما مدة السنة في الضمان العادي فهي مدة تقادم ، تجوز إطالتها ولا تجوز تقصيرها كما سبق القول .

خامساً - يكون التعويض عادة في هذا الضمان أن البائع يصلح المبيع حتى يعود صالحاً للعمل ، وإذا لم يكن قابلاً للإصلاح أبدله بمثل له يكون صالحاً (٢) .

= احلال هذا الضمان محل الميوب الخفية بلانير وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ ص ١٦١ . ويلعب أوبري ورو إلى أن المفروض في هذا الضمان أنه يمنع الضمان الخاص العادي ما لم يكن البائع يعلم بالغيب فيضن الضمان العادي إلى جانب الضمان الخاص (أوبري ورو ٥ فقرة ٢٥٥ مكررة ص ٨٨) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢١ - ويجوز رفع دعوى الضمان مباشرة ويعتبر إعلان صحيفتها إخطاراً كافياً ، ولكن المشتري يمرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٤٢٤ - بلانير وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٠ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٨٨ - الأستاذ جميل الشرقاوى ص ٢٩٠ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فقرة ٢٥٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٦ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص النص الذى نحن بصدده ما يأتى : « هذا نص جديد نقل عن المشروع الفرنسى الإبطانى (م ٣٧٤) ، ولا نظير له فى التقنين الحالى (السابق) . وبمقتضى ضمان صلاحية للبيع فى الأشياء الدقيقة كالألات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك . فإذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يخطر المشتري البائع فى مدة شهر من ظهور الخلل وإلا سقط حقه فى الضمان ، وأن يرفع الدعوى فى مدة ستة (ستة أشهر) من هذا الإخطار . ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحتها إخطاراً كفاً ، ولكن المشتري يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه . ويلاحظ أن ميعاد الإخطار فى هذه الحالة الخاصة قد تحدد بشهر ، خلافاً لحالة ضمان العيب بوجه عام حيث نص على أن الإخطار يكون فى الوقت الملائم . وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد الشهر والسنة (والسنة الأشهر) (١) . »

§ ٤ - تمييز ضمان العيوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية

٣٨١ - بعض النظم القانونية التى تقارب ضمان العيوب الخفية :
الآن وقد فرغنا من بسط أحكام ضمان العيوب الخفية فحددنا هذا الضمان ، نستكمل تحديده بتمييزه عن بعض النظم القانونية الأخرى التى تقاربه وقد تلتبس به فى بعض الحالات . ونذكر من هذه النظم الغلط والتدليس والفسخ لعدم التنفيذ والعجز فى المقدار وضمان الاستحقاق الجزئى .

== وهذا حتى لو لم يذكر كيف يكون التعويض . فإذا كان إصلاح المبيع متعذراً ، رجع المشتري على البائع وفقاً للقواعد المقررة فى ضمان العيب الخفى ، فبرد المبيع أو يستبقه مع التعويض إذا كان العيب جسيماً ، وإذا كان العيب غير جسيم اكتفى بالتعويض (الأستاذ أنور سلطان بقرة ٢٨٨) . ويجوز الاتفاق على تعديل مدى التعويض ، بأن يشترط المشتري رد المبيع ولو لم يكن العيب جسيماً أو يشترط البائع عدم رده ولو كان العيب جسيماً (الأستاذ مازن) . (انظر منصور ص ٢١٢) .

٣٨٢ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والغلط : قد يقع الغلط في

صفة جوهرية للمبيع ، فإذا كانت هذه الصفة تتصل بصلاحية المبيع للغرض الذى أعد له بحيث أن انتفاءها يجعله غير صالح لهذا الغرض ، فإن البيع يكون فى هذه الحالة قابلاً للإبطال للغلط ، ويكون فى الوقت ذاته منشأً لضمان العيوب الخفية . فإذا اشترى شخص فرساً على أنه صالح للسباق فوجده غير صالح له ، لم يكن القول إن المشتري وقع فى غلط فى صفة جوهرية فى الشيء ، وأمكن استوى فى الوقت ذاته إن البيع به عيب خفى . فيجوز للمشتري فى هذه الحالة أن يرجع على البائع إما بدعوى الغلط وإما بدعوى ضمان العيوب الخفية ، فيختار إحداها ولكنه لا يجمع بينهما . فإذا رجع بدعوى الغلط وجب أن يثبت أن البائع كان واقعاً فى غلط مثله أو كان يعلم أو يستطيع أن يعلم بالغلط الذى وقع فيه ، ويستوى أن يكون قد اشترى الفرس مساومة أو اشتراه فى مزاد قسائى أو إدارى ، ويجب أن يرفع الدعوى فى خلال سنوات من وقت علمه بالغلط أو فى خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع بحسب الأحوال وهذه هى مدة التقادم فى دعوى الغلط . ويطلب فى هذه الدعوى إبطال البيع ، فإذا حكم بالإبطال اعتبر البيع كأن لم يكن ، فاسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى ورد المبيع (١) . أما إذا رجع المشتري بضمان العيوب الخفية فالأمر يختلف عن كل ما تقدم : لا يطلب من المشتري إلا أن يثبت أن الغرض المقصود من امرس هو أن يكون صالحاً للسباق وقد ظاهراً أنه غير صالح لهذا الغرض . ولا يطلب منه أن يثبت بعد ذلك أن البائع كان يجهل ذلك أو يعلمه ، فسواء

(١) وقد قضت الفقرة الثانية من المادة ١١٩ مدنى بأنه : إذا ذكر فى عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عله به ، إلا إذا أثبت تدليس البائع . فإذا ذكر المشتري فى عقد البيع أنه عالم بالمبيع ، سقط حقه إذن فى طلب إبطال البيع بسبب الغلط ، ولكن لا يسقط حقه فى الطعن بسبب العيب الخفى . وقد قضت محكمة النقض بأن المادة ١٥١ مدنى (٢/١١٩ - جديد) خاصة بحركة الغلط فى البيع لا بحالة ظهور عيوب الخفية ، وعلى ذلك فإن طالب الفسخ للعيب الخفى لا يمنع منه أن يكون المشتري قد أقر منذ تعلم المبيع بعيبه . ونسبته بحركة أحد رجال الدين (نقض على ٢ مايو سنة ١٩٤٦ بمجموعة عمره ٥ رجم ٦٩ ص ١٥٦) .

جهله أو علمه ، وسواء اشترك مع المشتري في غلط مشترك أو لم يشترك ، وسواء علم بوقوع المشتري في غلط جوهرى أو لم يعلم ، ففي جميع الأحوال قد ثبت أن بالمبيع عيباً خفياً يوجب الضمان . ومن هنا نرى أن العيب الخفى أمر موضوعي محض ، أما الغلط فأمر ذاتي محض (١) ، وإن كان الأمران قد اجتمعا معاً في المثل الذي نحن بصددده . وإذا كان المشتري قد اشترى الفرس في مزاد قضائي أو إداري امتنع عليه أن يرفع دعوى ضمان العيب ، وقد رأينا أن لا يمتنع عليه في هذه الحالة رفع دعوى الغلط . ويجب على المشتري رفع دعوى ضمان العيب خلال سنة من وقت تسلمه الفرس بعد أن يخطر البائع بالعيب في الوقت الملائم ، وقد رأينا في دعوى الغلط أن المشتري لا يخطر البائع بشيء وله أن يرفع الدعوى في ثلاث سنوات أو في خمسة عشرة سنة بحسب الأحوال . ويطلب المشتري في دعوى ضمان العيب إما رد الفرس إلى البائع وأخذ تعويض منه ليس هو الثمن ، وإما استبقاء الفرس وأخذ تعويض عما أصابه من الضرر بسبب العيب . وقد رأينا في دعوى الغلط أن البيع يزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، ويسترد المشتري الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى . ويرد الفرس للبائع وليس له أن يستقيه مع أخذ تعويض (٢) .

وهذه الفروق الكبيرة بين الدعويتين تجعل من المهم أن نعرف متى يكون هناك محل لدعوى الغلط دون دعوى ضمان العيب ، ومتى يكون هناك محل لدعوى ضمان العيب دون دعوى الغلط ، فقد يقع أن يلبس الغلط بالعيب الخفى فيصعب من الضروري التمييز بينهما . فالغلط أمر ذاتي كما قدمنا ، وهو يقع في صفة جوهرية في المبيع جعلها المشتري محل اعتباره ، ولكن دون أن تتصل هذه الصفة الجوهرية حتماً بالفرض الذي أعد له المبيع . أما العيب الخفى فأمر موضوعي كما سبق القول ، وهو يقع في الفرض الذي أعد له المبيع فيجعله غير صالح لهذا الفرض ، سواء كان هذا محل اعتبار ذاتي عند المشتري أو لم يكن (٣) .

(١) بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١١٦ من ١٣٩

(٢) استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٢٧ - بودري وسينيا فقرة ٤١٤ .

(٣) فن وقع في غلط في المبيع يكون قد اشترى شيئاً غير الشيء الذي قصد شراؤه ، أما من اشترى شيئاً معيماً فقد اشترى الشيء الذي قصد شراؤه وإن كان به عيب . فإذا اشترى شخص شيئاً

ومن ثم قد يوجد الغلط دون أن يوجد العيب الخفى . فإذا اشترى شخص
أثاثاً لغرفة استقبال معتقداً أنه من طراز معين تبين بعد ذلك أنه ليس من هذا
الطراز ، أو اشترى سيارة أو آلة ميكانيكية معتقداً أنها من « ماركة » معينة فتبين
أنها ليست من هذه « الماركة » ، كان هذا غلطاً فى صفة جوهرية فى المبيع . وليس
من الضروري أن يكون هذا عيباً خفياً ، فقد يكون الأثاث الذى اشتراه بـ
أو السيارة أو الآلة الميكانيكية - صالحاً لكل الاستعمالات المقصود ، بل قد
يكون أكثر صلاحية من الطراز الذى أراده المشتري ، فلا يمكن القول فى هذه
الحالة أن المبيع به عيب خفى . عند ذلك لا يستطيع المشتري أن يرجع على البائع
بضمان العيوب الخفية ، وليس أمامه إلا أن يرجع بدعوى الغلط فى رأى أحكام
هذه الدعوى وبخاصة الأحكام التى سبق ذكرها .

أما أن يوجد العيب الخفى دون أن يوجد الغلط ، فهذا أمر نادر . ذلك أن
العيب الخفى معناه أن بالمبيع عيباً يجعله غير صالح للغرض المقصود فيغلب أن
يكون العيب واقعاً فى صفة جوهرية اعتبرها المشتري ، ويكون المشتري غير
عالم بالعيب ، وهذا هو عين الغلط (١) . ومع ذلك قد يقع أن يكون العيب الخفى
غير متصل بصفة جوهرية فى المبيع كانت هى محل اعتبار المشتري . ففى المثل
المستعمل إذا اشترى شخص أثاثاً لغرفة استقبال من طراز معين فوجد ما من هذا

== يتصور أن أنها تتقارب ، فحينئذ لا بد من أن تكون « أصلاً أو أنها تتقارب »
الظن غير المكمل ، فانه يكون قد وقع فى غلط . أما إذا كانت البضاعة هى تقارب
الظن المكمل ، ولديها فقدت قوة الإنتاج ، فليس هذا غلطاً وإنما هو عيب خفى (استئناف
مخاطب ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٦١) .

ويقول بعض الفقهاء العيب أوسع من الغلط ، لأنه يقع فى صفة غير جوهرية فى الشيء
عندما يؤثر فى صلاحية الغرض الذى أعد له . وهو فى الرأى ذاته أصح من الغلط ، لأن أية
صفة يعتبرها المتعاقدان جوهرية فى الشيء يجوز أن يقع فيها غلط ، وقد لا يكون من شأنه هذا
الغلط أن يؤثر فى صلاحية المبيع للغرض الذى أعد له فلا يكون الغلط عيباً (بيدات ١١
ذ ٢١٤٠) .

(١) ولكن إذا كان البائع عالماً بالعيب غير أنه يعتقد أن المشتري عالم به مثله ، لم يجوز للمشتري
أن يرجع على البائع لأن البائع غير مشترك به فيه . وبغير علم بوقوعه ، فلا يبرأ البائع إلا أن
يرجع على المشتري ببيان العيوب الخفية إذا كان البائع الذى لم يكن له علم بوقوعه فى المبيع . وقد
يجوز للمشتري أن يرجع على البائع إذا كان البائع الذى لم يكن له علم بوقوعه فى المبيع .

الطراز ، ولكن وجد بها عيباً خفياً ينقص من صلاحيتها تعرض المقصود ، فان له في هذه الحالة أن يرفع دعوى ضمان العيب الخفى وائس له أن يرفع دعوى الغلط ، فلا يرد المبيع إلى المشتري بل يستتبه مع أخذ تعريض عن الضرر الذى لحقه بسبب العيب (١) . فاذا كان العيب جسيماً بحيث لو كان المشتري قد علم به لما أقدم على الشراء ، وهذا هو العيب الذى يجيز رد المبيع ، فان هذا معناه أن العيب قد اتصل بصفة جوهرية فى المبيع . وهنا تختلط دعوى ضمان العيب بدعوى الغلط (٢) ، ويكون للمشتري أن يختار إحداهما على النحو الذى يسطناه .

٣٨٣ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والتدليس : وقد يقوم

ضمان العيب دون أن يكون هناك تدليس ، وذلك فيما إذا كان البائع لا يعلم بالعيب أو كان يعلمه ولكنه لم يدلس على المشتري بأن تعتمد مثلاً أن يحتج عنه العيب . وقد يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب ، وذلك فيما إذا كان الغلط الذى انساق إليه المشتري عن طريق التدليس لا يتصل بالفرض المقصود من المبيع ، ولكن بصفة جوهرية فيه كانت هى محل اعتبار المشتري (٣) . وقد يجتمع ضمان العيب مع التدليس ، وذلك فيما إذا كان بالمبيع عيب خفى تعتمد

(١) وإذا اشترى شخص حلياً على أنها من ذهب ، فإن وجدها من فضة مذبة رفع دعوى الغلط ، أما إن وجدها من ذهب خالص ولكن بالذهب عيب ينقص من قيمته رفع دعوى ضمان العيب . وإذا اشترى شخص صورة زيتية على أنها من صنع رسام معروف ، فإن وجدها من غير صنعه رفع دعوى الغلط ، وإن وجدها من صنعه ولكن بالصورة عيوب تنقص من قيمتها رفع دعوى ضمان العيب (بودرى وسينيا فقرة ٤٢٥ مكررة خامساً - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٨٢٠ - الأستاذ محمد على إمام فقرة ٢٣١ - الأستاذ محمد كامل مرسى ص ٢٢٥ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فقرة ١٦٧ - الأستاذ جميل الشرقاوى فقرة ٧٦ - الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكى فقرة ٤٢٠ - فقرة ٤٢١) .

(٢) أنظر الأستاذ محمد على إمام ص ٢٩٤ - الأستاذ منصور مصطفى منصور فقرة ٩٧ - وقارن الأستاذ عبد المنعم البدرارى فقرة ٢٤٧ .

(٣) وقد رأينا أن العيب إذا كان مما يمكن تبيته بالفحص المعتاد ولم يتبينه المشتري لعدم خبرته ، لم يكن هناك محل لضمان العيب . ولكن يكون للمشتري أن يتمسك بالتدليس إذا تعتمد البائع إخفاء العيب عن المشتري غشاً منه بالرغم من أن المشتري كان لا يتبينه حتى لو لم يخفه عنه البائع . فهنا يقوم التدليس دون أن يقوم ضمان العيب (أنظر آنفاً فقرة ٣٦٧ فى الهامش) .

البائع إخفاؤه عن المشتري غشاً منه ، فيجوز للمشتري عند ذلك رفع دعوى
: إن العيب أو رفع دعوى التدليس (١) .

والفروق بين الدعويين كبيرة كالفروق التي بين دعوى ضمان العيب ودعوى
الغلط . ففي التدليس يجب أن يكون البائع ، لاصي النية فحسب ، بل أيضاً
مدلماً أي أن يكون قد عمد إلى طرق احتيالية ليرتفع المشتري في الغلط ، أما في
ضمان العيب فيصح أن يكون البائع حسن النية (٢) . وفي التدليس يصح أن يكون
البيع بالمراد القضائي أو الإداري ، ويمتنع ذلك في ضمان العيب . وفي التدليس
يجب رفع الدعوى خلال ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة كما في الغلط ،
أما في ضمان العيب فيجب رفع الدعوى بعد الإخطار بالعيب خلال ثلاث
سنوات من وقت تسلم المبيع . وفي التدليس يحكم القاضي بإبطال البيع فيزول
ترجيى ويعتبر كأن لم يكن فيسترد المشتري الثمن مع التعويض وبرد المبيع ،
أما في العيب الخفي فيبقى البيع وقد يرد المشتري المبيع وقد لا يردده ويقتضى من
البائع تعويضاً يشتمل على عناصر معينة غير عناصر التعويض في التدليس .

٣٨٤ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والفسخ لعدم التنفيذ:

وقد يتلاقى ضمان العيب مع الفسخ لعدم التنفيذ ، فيتميزان تارة ويختلطان
أخرى . يقوم الفسخ لعدم التنفيذ دون أن يقوم ضمان العيب إذا اشترط المشتري
مثلاً أن يكون المبيع في حالة جيدة ، فيثبت أنه ایمر، في هذه الحالة وإن كان
في حالة صالحة تماماً للأغراض المقصودة منه ، فيجوز للمشتري أن يطلب فسخ
العقد لعدم تنفيذ البائع لالتزامه من تسليم المبيع في حالة جيدة ، ولكن لا يجوز
له أن يرجع على البائع بضمان العيب لأن المبيع خال من كل عيب وهو صالح
لغرض المقصود (٣) . ويقوم ضمان العيب دون أن يقوم الفسخ لعدم التنفيذ إذا

(١) ميدان ١١ فقرة ٢٦٥ - بلائيول وديبير وبياتل ١٠ فقرة ١٢٦ ص ١٢٨ .

(٢) كولان وكابيتان ١٠ فقرة ٩٢٠ .

(٣) ويؤهل ذلك أيضاً أن يشترط المشتري أن يكون المبيع مخصصاً من مادة معينة ، فإذا به
مصنوع من مادة أخرى وإن كان صالحاً للغرض المقصود ، فيكون للمشتري دعوى الفسخ لعدم تنفيذ
البائع لالتزامه دون دعوى ضمان العيب الخفية . وقد قضت محكمة النقض بأن العيب الذي يترتب
على دعوى ضمان العيوب الخفية غير الآلة الظاهرة التي تظهر فيها الخلل الصالح للمبيع ، فإذا كان ذلك

ووجد المشتري المبيع في الحالة التي اشترطها ، ولكن وجد به عيباً زوفاً ينقص من صلاحيته للغرض المقصود . فعند ذلك يكون للمشتري الرجوع على البائع بضمين العيب ، ولكن لا يجوز له أن يطلب فسخ العقد لعدم التنفيذ (١) . وإذا اشترط المشتري أن يكون المبيع في حالة صالحة للغرض المقصود (٢) ، ثم تبين أن المبيع ليس في هذه الحالة ، جاز للمشتري إما أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ لأن البائع لم ينفذ التزامه من تسليم العيب في حالة صالحة للغرض المقصود ، وإما أن يرجع بضمين العيب لوجود عيب في المبيع يجعله غير صالح للغرض المقصود ، فيجتمع هنا الفسخ لعدم التنفيذ وضمين العيب (٣) .

والرجوع بالفسخ لعدم التنفيذ يختلف عن الرجوع بضمين العيب . ففى الرجوع بالفسخ لا يشترط أن يكون المشتري غير عالم بالعيب ، ويشترط ذلك في ضمان العيب . ويجوز الفسخ حتى لو كان البيع بمزاد قضائي أو مزاد إداري ، ولا يجوز ضمان العيب . ومدة التقادم في الفسخ خمس عشرة سنة من وقت انحلال البيع بالتزامه ، وهي سنة واحدة من وقت التسليم في ضمان العيب ، والفسخ يزيل العقد بأثر رجعي فيعتبر كأن لم يكن ، ويرد المشتري المبيع ويسترد الثمن مع التعويض إن كان له مقتضى . أما في ضمان العيب فالبيع قائم ، وعلى ألسانه

== ما يشكو منه المشتري من أن المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة المتفق عليها، فذلك لا يبرر عيباً عافياً موجباً لضمانه. فالحكم الذي يؤسس قضاءً بالفسخ على القول بوجود عيب عافى في البيع هو مخالفة المادة التي منع منها سادة التي دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت الرجوع العيب فيه يكون مخالفاً للقانون. عموماً نقضه (نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ بمجموعة من ٢٢٩٩ ص ٥٨٧) . أنظر أيضاً استئناف غنطاط ٥ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٨٨ - ١٩٠٩ دي عبود سنة ١٩٢٤ م ٤٧ ص ٦٩ - ١٤ مايو سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ٤١٢ .

(١) وكذلك لو وجد المشتري المبيع مطابقاً للبيعة ، ولكن العينة ذاتها كان بها عيب زوفاً ، عند ذلك يكون للمشتري دعوى ضمان العيوب الخفية دون دعوى الفسخ لعدم التنفيذ (بلاتيل وريبير وناظر ١٠ ص ١٣٨ فافض ١) .

(٢) أو كذا البائع للمشتري و يوجد صفات معينة في المبيع ثم تبين أن البائع خال عنها أو من بعضها ، جاز هنا الرجوع على البائع بضمين العيوب الخفية كما سبق القول ، و جاز أيضاً أن يرجع بالفسخ لعدم التنفيذ . ولكل من التعويضين أحكاماً خاصة بها كما سبق (مقارن الاستاذ منصور وناظر منصور من ٢١٨ ص ١١٩) . ويذهب بعض الفقه إلى عكس الفذهب السابق .

(٣) بلاتيل وريبير وناظر ١٠ ص ١٣٩ فافض ١١٧ .

إما أن يرد المشتري المبيع ويأخذ تعويضاً من المشتري ، وإما أن يستثنى المبيع
أخذ تعويض (١) .

٣٨٥ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية والعيوب في مقدار المبيع :

يكون هناك عجز في مقدار المبيع ، فلا يلتبس ذلك بالعيب الخفي . إذا العجز
في مقدار المبيع هو نقص في كميته ، أما العيب الخفي في المبيع فنقص في صفته ،
والنقص في الكم غير النقص في الكيف .

وتختلف دعوى العجز عن دعوى العيب في أن الأولى لا تفترض حسن نية
المشتري والثانية تفترض حسن نيته ، وفي أن الأولى تجوز في بيع بالمراد القضائي
أو الإداري والثانية لا تجوز . وتنشأ الدعويان في أن مدة التقادم في كل منهما
سنة واحدة من وقت التسليم الفعلي ، وفي أن المشتري يستطيع رد المبيع أو استبقائه
إذا كان العجز أو العيب جسماً وليس له رد المبيع إذا كان العجز أو العيب غير
جسيم . ولكن في دعوى العجز إذا رد المشتري المبيع يكون ذلك عن طريق
فسخ البيع فيزول بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن ، أما في دعوى العيب فلا يكون
عن طريق فسخ البيع بل إن البيع يبقى كما سبق القول (٢) .

٣٨٦ - التمييز بين ضمان العيوب الخفية وضمانه الاستحقاق الجزئي :

بتقارب الاستحقاق الجزئي من العيب من ناحية ما يعود على المشتري من الخسارة
بسبب كل منهما ، إلى حد أن المشرع جعل لهما واحداً في الاثنين كما رأينا .
ولكن الاستحقاق الجزئي لا يفرض وجود عيب في المبيع بل يفرض حقاً للغير
عليه ، فالمبيع سليم من ناحية مادته ومعيب من ناحية ملكيته . أما العيب
فيفرض وجود عيب فالمبيع لا حقاً للغير عليه ، فالمبيع معيب من ناحية مدته
وسليم من ناحية ملكيته . وقد كان القانون الفرنسي القديم يخلط بين الاثنين
في حالة ظهور حق ارتفاق على المبيع ، فيعتبر هذا عيباً خفياً ، والصحيح أنه

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر أرى فقرة ٢٤٦ .

(٢) الأستاذ عبد المنعم البدر أرى فقرة ٢٤٤ .

استحقاق جزئي ، لأن حق الارتفاق حق لغير علي المبيع لا عيب في ذات المبيع .
ويختلف ضمان الاستحقاق الجزئي عن ضمان العيب الخفي في أن المشتري
في ضمان الاستحقاق لا يشترط أن يكون حسن النية وبشرط ذلك في ضمان
العيب ، وفي أن ضمان الاستحقاق جائز في البيع بالمراد القضائي أو الإداري
وضمان العيب غير جائز ، وفي أن مدة التنازع في ضمان الاستحقاق خمس عشرة
سنة من وقت الاستحقاق والمدة في ضمان العيب سنة واحدة من وقت التسليم .
ويشترط الاثنان في الجزاء كما قدمنا ، فيجوز للمشتري في ضمان الاستحقاق
وفي ضمان العيب رد المبيع أو استبقاؤه إذا كان الاستحقاق أو العيب جسما ،
ولا يجوز له الرد إذا كان الاستحقاق أو العيب غير جسم ، وإذا رد المبيع فإن
ذلك لا يكون عن طريق غسخ البيع بل يبقى البيع في الحالتين كما سبق القول (١) .

الفرع الثانى

التزامات المسترى

٣٨١ - التزامات مملوكة : يلتزم المشتري ، بموجب عقد البيع ذاته ودون حاجة إلى ذكر خاص ، بالتزامات ثلاثة : (١) الوفاء بالثمن (٢) تحمل مصروفات البيع (٣) تسليم المبيع (٢) .

(١) الأستاذ عبد المنعم البدر أوى نفرة ٢٠٤ .

وقد يكون المبيع غير مشروع فلا يعتبر هذا مجرد عيب في المبيع ، ويمكن أن يكون المبيع باطلا (أنسب كاريير ، دالوز ، لفظ Vice Réd. فقرة د - وعدم المشروعية يرجع إلى اعتبار في القانون أما العيب فيرجع إلى اعتبار في طبيعة الشيء . وقد يعتبر القانون عيباً في طبيعة الشيء - كما في الأغذية - فيدرعه ، فيجتميع الاعتباران ولكن اعتبار القانون يتطلب أن يكون المبيع باطلا (أنسب كاريير ، دالوز ، لفظ Vice Réd. فقرة ٢٠) . وقد يصل العيب من الجحاشة إلى بطل المبيع في - عدم العلوم ، كبيض فاسد أو غائبة عشارية أو حق عولف ، - فخط ودخول في أمكنة العامة ، فعند ذلك يكون المبيع بحاله معدوم وقت العقد ويكون باطلا لانعدام المحل ، فلا يشار في هذه الحالة حسب الحلقي (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٢٤٨) .

(١) بذکر تحقیق الرجیات برآمدہ المبنی (م ١٦٥) من منہ الاقناعات لکھنؤ پرنٹرز :
دفعہ الثمن و عالم الیوم .

(10. 10. 1954 - 1955)

إذ البيع إنما هو نقل ملكية للبيع في مقابل دفع الثمن .

والثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتبايعان (١) . وقد قدمنا عند الكلام في الثمن (٢) أن الثمن يجب أن يكون نقوداً ، وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير ، وأن يكون جدياً أى لا يكون صورياً ولا تافهاً . فإذا توافرت هذه الشروط في الثمن ، فقد صح ، وأصبح واجب الوفاء بالشروط التي يقررها العقد وفي الزمان والمكان اللذين مدينهما فيما يلي . ومصروفات الوفاء بالثمن ، كنفقات إرساله عن طريق البريد أو عن طريق مصرف أو عن أى طريق آخر ، تكون في الأصل على المدين به أى على المشتري طبقاً للمادة ٣٤٨ مدني وهي تنص على أن « تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك » . وطرق الوفاء بالثمن وشروط صحة الوفاء تخضع للقواعد المقررة في الوفاء بالالتزام ، كما يجوز للمشتري عرض الثمن على البائع وإبداعه لحسابه إذا وجد سبب يدعو إلى ذلك ويكون هذا وفقاً للقواعد المقررة في العرض والإبداع .

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يشتمل على نص في هذا الخصوص هو المادة ٦٠٢ من هذا المشروع ، وكانت تقضي بأن : يلتزم المشتري بدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التي يقررها العقد ، وهو الذي يتحمل نفقات

فقرة ٢٠٣ في الهامش . وتكون العلاقة ما بين البائع والمشتري هي العلاقة ما بين المتبايعين ، فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتحليمه إياه ، وغمان التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية ، ويلتزم المشتري بتسلم المبيع . ولكن الغير هو الذى يلتزم نحو البائع بدفع الثمن والمصروفات ، فتكون علاقته بالبائع علاقة معارضة ، أما علاقته بالمشتري فتكون علاقة تبرع إذا كان متبرعاً له بالثمن ، أو بمثابة إذا كان ين له ديناً أو يعطيه قرضاً أو نحو ذلك (بلانيرول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢٤٩٣ - أنسيكلوبيدى داتوز ه لفظ vente فقرة ١٥٦٧ - فقرة ١٥٦٩) .

(١) وقد نقل الثمن الذي يلتزم المشتري بدفعه عن الثمن المتفق عليه كما في حالة استرداد البائع للمشتري ، وقد يزداد كما في حالة الشراء لمقار القاصر بغير ناعش (الأستاذ عبد الفتاح عبد البار فقرة ٢٧٧ - الأستاذ جميل الشراوى فقرة ٧٨ - الأستاذ منصور مصطفى - صور فقرة ٩٩ ص ٢٢١) .

(٢) انظر أيضاً فقرة ٢٠٣ و (١) بعدها

الوفاء (١) . وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد :
« هذه النصوص تقرر التزام المشتري بدفع الثمن ، وتبين ما الذى يجب أن يدفعه
وفاء لهذا الالتزام . فهو يدفع الثمن المتفق عليه بالشروط التى يقررها العقد ،
فقد يتفق على أن يدفع الثمن أقساطاً أو جملة واحدة . ويتحمل نفقات الوفاء
رتقاً للقواعد العامة لأنه هو المدين بالثمن ، فعليه نفقات البريد أو غير ذلك
من وسائل النقل إذا حمل الثمن إلى مكان بعيد (٢) . وقد حذف هذا النص
في لجنة المراجعة ، لأنه مستفاد من القواعد العامة (٣) .

٣٩٢ - دفع الفرائد - النص المسمى القانوني : وتنص المادة ٤٥٨ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« ١ - لاحق للبائع في الفرائد القانونية من الثمن إلا إذا أعذر المشتري أو إذا
سلم الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ،
هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره » .

« ٢ - وللمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع ، وعليه تكاليف
المبيع من هذا الوقت أيضاً . هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره (٤) » .

(١) كان هذا النص يقابل في التقنين المدنى السابق : م ٢٢٨/٤٠٦ - يجب على المشتري
وفاء الثمن في الميعاد والمكان الميعنين في عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه . م ٢٨٤ - ٣٥٦ -
ومصاريف المالك ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وهذا إن لم يقض العرف التجارى
بخلاف ذلك في بعض الأحوال .

والحكم واحد في التقنينين السابق والجديد - انظر أيضاً م ٥٧١ عراقى وم ٤٦٦ لبنانى .
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٨ - ص ١٢٩ في الهامش .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادتين ٦٠٢ و ٦٠٤ من المشروع التمهيدى على

الوجه الآتى : م ٦٠٣ : لا يتقاضى البائع فرائد قانونية من الثمن إلا إذا أعذر المشتري ،
أو إذا أسلمه الشيء المبيع وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ، هذا
ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره - م ٦٠٤ : للمشتري ثمر المبيع ونماؤه من وقت أن
يسمح الثمن مستقاً ، وعليه تكاليف المبيع من هذا الوقت أيضاً ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو
عرف يقضى بغيره . وفي لجنة المراجعة أدرجت المادتان في مادة واحدة من فقرتين للارتباط =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني المادة ٣٣٠/٤١٠ (١) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٦ — وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٧ — وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٧٢ — وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادتين ٣٩٦ و ٤١٧ (٢) .

= الوثيق بينهما ، واقترح تعديل الحكم الخاص باستحقاق المشتري ثمر المبيع ونماله وجعل الاستحقاق يبدأ من وقت التسليم ، واقترح تعديل مضاد يجعل الاستحقاق من وقت انعقاد البيع ، فأقرت اللجنة الاقتراح الأخير . وأصبحت المادة مطابقة لما استقرت عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمها ٤٧١ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٨ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٨ — ص ١٣٩ وص ١٤١ — ص ١٤٢) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٣٠/٤١٠ : إذا لم يحصل الاتفاق في عقد البيع على احتساب فوائد الثمن ، لا يكون للبائع حق فيها إلا إذا كلف المشتري بالدفع تكليفاً رسمياً ، أو كان المبيع الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح أخرى . (وحكم التقنين السابق يتفق مع حكم التقنين الجديد ، إلا أن التقنين الجديد زاد الفقرة الثانية من المادة ٤٥٨ الخاصة بتملك المشتري ثمرات المبيع ، هذا إلى أنه لم يشترط لاستحقاق الفوائد أن ينتج المبيع ثمرات كما اشترط التقنين السابق بل يكفي أن يكون المبيع قابلاً لإنتاج الثمرات ؛ للمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤١) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٦ (مطابقة للمادة ٤٥٨ مصرى — وأنظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٣٧ — فقرة ٢٣٨) .
التقنين المدني الليبي م ٤٤٧ (مطابقة للمادة ٤٥٨ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٢ : ١ — لا حق للبائع في الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء إلا إذا أعذر المشتري أو سلمه الشيء المبيع وكان هذا قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى ، وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . ٢ — والزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض ، كالثمرة والنجاح ، تكون حقاً للمشتري ، وعليه تكاليف المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

(ويتفق التقنين العراقي مع التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي لا يوجب الفوائد القانونية عن الثمن إلا إذا كان مستحق الأداء ، أما إذا كان الثمن مؤجلاً فالفوائد لا تكون إلا باتفاق على ذلك وأو سلم المشتري المبيع القابل لإنتاج الثمرات — أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٧٨ — فقرة ٢٨٤ — الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٢٥٢ — فقرة ٢٦٤) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٣٩٦ : يجب على المشتري أن يدفع ثمنه فوراً — =

ويخلص من هذا النص أن الأصل هو أن يملك المشتري ثمر المبيع ونماءه متحملاً نفقائه من وقت تمام البيع ، ويقابل تملك المشتري للثمر والنماء أن يدفع للبائع الفوائد القانونية للثمن وقت تمام البيع أيضاً إن لم يكن قد دفع له الثمن فوراً عند البيع . فنعرض إذن لمأئين المسألتين : (١) تملك المشتري ثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع وتحمل نفقائه من هذا الوقت (٢) دفع المشتري للبائع الفوائد القانونية للثمن .

٣٩٣ - تملك المشتري ثمر المبيع ونمائه ونحوه لنفقائه : قدما أن من النتائج التي تترتب على أن البيع ينقل ملكية المبيع للمشتري أن يكون ثمر المبيع ونمائه للمشتري باعتباره مالكا له (١) . وبينما أن امتحاق المشتري للثمرات والنماء لا يرجع إلى أن هذه تعتبر من ملحقات المبيع فتسلم إليه مع المبيع ، بل يرجع إلى أن المشتري قد أصبح مالكا للمبيع وباعتباره مالكا يملك ثمر ملكه ونماء هذا الملك ويكون عليه تكاليفه (٢) .

ويترتب على ذلك أن المشتري لا يملك ثمر المبيع ونماءه إلا من وقت أن تنتقل إليه ملكية المبيع . والملكية في الشيء المعين بالذات تنتقل بالعقد ، أى من وقت تمامه ، إذا كان المبيع منقولاً . وتنتقل كذلك بالعقد إذا كان المبيع عقاراً على أن يسجل العقد ، فإذا ما سجل اعتبرت الملكية منتقلة - فيما بينه وبين البائع - بأثر رجعي من وقت تمام العقد (٣) . فيخلص من ذلك أن المشتري

= ما لم يكن ثمة نص مخالف - أن يتحمل : أولاً - الضرائب والتكاليف وسائر الأعباء المترتبة على البيع . ثانياً - نفقات حفظ البيع ومصاريف تحصيلها . ثالثاً - مخاطر العين المبيعة . (١٧٠) : إن جميع منتجات المبيع وجميع زياداته المدنية والطبيعية تصبح ملكاً للمشتري من تاريخ إتمام البيع . ويجب أن تسلم إليه مع المبيع - ما لم يكن هناك نص مخالف . (وتتفق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصري فيما يتعلق بثمرات المبيع ونمائه وتكاليفه . أما للفوائد فلم يرد نص في شأنها في التقنين اللبناني ويبدو أن التواءه لكافة هي كوابية التطبيق في هذه المسألة) .

(١) أنظر آتفاً فقرة ٢٤٩ .

(٢) أنظر آتفاً فقرة ٢٨٢ .

(٣) أنظر ما ذكرناه في هذه المسألة آتفاً فقرة ٢٨٢ .

يتملك الثمرات والثمار ، في المنقول والعقار على السواء ، ما دام المبيع شيئاً معيناً بالذات ، من وقت تمام العقد كما يقول النص (م ٤٤٨/٢ مدني) (١) . ويستوى في بيع العقار أن يكون المبيع مسجلاً أو غير مسجل ، ما دام للتسجيل أثر رجعي فيما بين المشتري والبائع كما قدمنا . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « والبيع غير المسجل كالبائع المسجل من حيث استحقاق المشتري للثمرات » (٢) . أما إذا كان المبيع شيئاً معيناً بنوعه ، فقد رأينا أن ملكيته لا تنتقل إلا بالإفراز ، ومن وقت الإفراز أيضاً يملك المشتري ثمرات المبيع ونماءه سواء تم التسليم عند الإفراز أو بعده . فإذا تراخى التسليم عن الإفراز ، كانت ثمرات المبيع ونماؤه الحاصلة من وقت الإفراز إلى وقت التسليم ملكاً للمشتري ، لأنه هو المالك للمبيع كما سبق القول (٣) .

وثمرات المبيع تشمل الثمرات الطبيعية كالحصولات ولبن الحيوان ، والثمرات

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن من آثار عقد البيع نقل منفعة المبيع إلى المشتري وبذلك تكون له ثمرته من تاريخ إبرام العقد حتى لو كان الثمن مؤجلاً ، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف . وإذا كان الثمن ثابتاً في عقد البيع أن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع إنما التزم بدفعه رأساً إلى البنك المرتهن لأطيان البائع الشائعة فيها الأطيان المبيعة خصماً من دين الراهن ، فإن ربيع الأطيان المبيعة يكون من حق المشتري من يوم إبرام عقد البيع الصادر إليه ، حتى ولو لم يتم بتنفيذ التزامه بدفع الثمن إلى البنك المرتهن (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٧ ص ٣٥١) . وقضت محكمة استئناف أسوط بأن للمشتري الراسى عليه المزار ما للمشتري العادى من الحقوق ، ومن ضمن ذلك استحقاقه لثمرات العين من يوم مرسى المزار إليه . فإذا لم يتم بدفع الثمن طبقاً لشروط قائمة المزار ، فللدائنين أو المدين في هذه الحالة إرغامه على الدفع بالطرق الجبرية واحتساب فائدة على الثمن من يوم مرسى المزار في حالة ما إذا كانت العين مثمرة أو من يوم تكايفه بالوفاء تكليفاً رسمياً إذا لم تكن كذلك (استئناف أسوط ٢٩ مايو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١١٤ ص ٢٧١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ .

(٣) ولكن لا يوجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن يكون للمشتري ثمار المبيع من أى وقت آخر ، من تاريخ سابق على تسجيل العقد أو على البيع نفسه أو على تسليمه ، فيجوز إذن أن يتفقا على أن يكون إبرام الأطيان المبيعة للمشتري من تاريخ العقد الابتدائي ، وقد يمتثلان لهذا الاتفاق من الاتفاق على أن يكون تسليم الأطيان من تاريخ العقد الابتدائي (نقض مدني ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٩ ص ٦٤٦) .

المدينة كالربيع والأجرة (١) . ويدخل أيضاً المنتجات (produits) ، وهي التي لا تتجدد ، كما هو الأمر في المناجم والمحاجر ونحوها (٢) .

ونماء المبيع : كمكبر الحيوان وسمنه ونتاجه (٣) ، يكون للمشتري من وقت تمام البيع كما في الثمرات .

ومتي ثبت للمشتري الحق في ثمرات المبيع وثماره من وقت البيع ، فعليه من هذا الوقت أيضاً تكاليفه ، كالضرائب ونفقات حفظ المبيع وصيانته ونفقات الاستغلال ومصرفات تحصيل الثمرة ونحو ذلك (٤) ، لأن المبيع لم ينتج هذه الثمرات إلا بعد هذه التكاليف والغرم بالغنم (٥) .

وغنى عن البيان أن هذه الأحكام كلها ليست من النظام العام ، فيمكن الاتفاق على ما يخالفها ، كأن يشترط البائع أن تكون له ثمرات المبيع مدة معينة أو إلى وقت التسليم ، أو يشترط المشتري أن تكون تكاليف المبيع أو الضرائب على البائع إلى وقت التسليم (٦) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وجود عقد إيجار ثابت التاريخ من البيع ليس من شأنه أن يجر حق المشتري في الثمرة من تاريخ البيع ، فإذا كانت المشتري قد احتفظ بالأجرة فإنه أن يرد إليها إلى المشتري من هذا الوقت ، أما إذا كان قد أضاف إلى البائع ، فليس البائع أن يرد لها إلى المشتري (نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة محام ١٦ ص ٢٠٠) . وقضت أيضاً بأنه إذا جاء في عقد بيع حصّة من منزل أن المشتري ينتفع بالإيجارات حصته التي اشتراها ، وأن الإيجار الحال لهذه الحصّة هو كذا ، وأنه إذا لم يتيسر للمشتري انتفاع حصته بموجب عقود الإيجار يحق له أن يتخيم الإيجار الذي يخصه من ثمن المبيع ، واستدلوا بذلك على أن المراد هو جعل المشتري مستحقاً لثمرة الحصّة المبيعة مقدرة في السنة الأولى بما كانت هذه الحصّة مؤجرة به أي بمبلغ كذا ، ومقدرة فيما بعده في السنوات التالية بما تاجر به في واقع الأمر وإن كان مما كانت مؤجرة به في السنة الأولى ، ثم دعت محكمة النقض هذا التفسير بما يقتضيه اعتبارات العدالة ، وكان الحكم بعيداً عن رقابة محكمة النقض (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٢٤ مجموعة محام ١ رقم ٢٢٨ ص ٦٤٦) .

(٢) انظر م ٤١٧ من قانون الميراثات والعقود البناني أنشأ بقرة ٣٩٢ في الخامس .

(٣) رتد يدخل نتاج الحيوان أيضاً في المنتجات .

(٤) انظر م ٢٩٦ من قانون الميراثات والعقود البناني (انظر أنشأ بقرة ٣٩٢ في الخامس) .

(٥) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٤٠ .

(٦) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون في مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ١٤٠ .

٣٩٤ - من تسلم الثمن القاسية هي التمس - وإذا كان المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، سواء كان الثمن حالا واجب الدفع فرياً أو كان مقسطاً أو كان مؤجلاً إلى وقت معين ، فإنه لا يكون مشمولاً عن فوائد هذا الثمن إلا في حالات ثلاث وردت في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٨ مدني :

أولاً - إذا وجد اتفاق بين البائع والمشتري على أن المشتري يدفع فوائد الثمن المستحق في ذمته . وتكون الفوائد في هذه الحالة فوائد اتفاقية لا فوائد قانونية ، وللمتعاقدين الاتفاق على سعرها بحيث لا يزيد هذا السعر على ٧ ٪ وفقاً للقواعد المقررة في الفوائد الاتفاقية ، وتستوى في ذلك المسائل المدنية والمسائل التجارية . ويمكن بطبيعة الحال أن يتفق المتعاقدان على فوائد بالسعر القانوني ، فيكون سعر الفوائد في هذه الحالة ٤ ٪ في المسائل المدنية و ٥ ٪ في المسائل التجارية ، ولكنها مع ذلك تبقى فوائد اتفاقية لأنها لا تستحق بموجبها حكم القانون بل بموجب الاتفاق (١) . والاتفاق هو الذي يحدد منه أي وقت تسري الفوائد المتفق عليها ، فقد يتفق على سريانها من وقت البيع ، أو من وقت حلول الأجل المتفق عليه لدفع الثمن ، أو من وقت تسلم المشتري لمبيع ولو لم يكن قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى (٢) . وبغلب أن يتفق المتعاقدان على الفوائد إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً ، فيشترط البائع على المشتري

= من ١٤١ - وقد يقضى العرف بأن يكون نتاج الحيوان مثلاً لمبائع حتى وقت التسليم ، أو أن تكون الضرائب عليه إل هذا الوقت .

(١) وكذلك إذا اتفق المتعاقدان على فوائد دون تحديد سعرها ، فيكون هو السعر القانوني وتبقى الفوائد فوائد اتفاقية (بردرى وصينيا فقرة ٥٢١ من ٤٤٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ من ١٦٧) . وإذا اتفق المتعاقدان على سعر أقل من السعر القانوني ، سرت الفوائد بالسعر المتفق عليه ، فإذا حل الثمن كان لمبائع أن يعطى المشتري بالدفع ومن وقت الإصدار تسري الفوائد بالسعر القانوني لا بالسعر المتفق عليه (أوبرى ورد ، فقرة ٢٥٦ خامس ديم ٢٠ ثانياً - بردرى وصينيا فقرة ٤٢٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ من ١٦٩) .

(٢) فإذا لم يحدد الاتفاق وقتاً لسريان الفوائد ، سرت من وقت تمام البيع . ويكون ذلك بوجه خاص إذا سبق البيع وبعد البيع وكان هناك اتفاق على دفع فوائد من الثمن دون أن يبين موعد سريانها ، فلا تسري هذه الفوائد إلا من وقت أن يتقبل المشتري بالبهم بيعاً تاماً (بردرى وصينيا فقرة ٥٢٠ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ من ١٦٧ خامس ١) .

أن يدفع فوائد بـسر يتفق عليه من وقت ثبوت الثمن في ذمة المشتري ، أي من وقت تمام البيع ، إلى وقت الوفاء بالثمن أو بكل نمط من أقطاطه (١) . ولكن لا يوجد ما يمنع البائع من أن يشترط على المشتري دفع فوائد بـسر يتفق عليه حتى لو كان الثمن حالا واجب الدفع بمجرد تمام البيع ، فيكون على المشتري في هذه الحالة أن يدفع الثمن فوراً فلا تجب عليه فوائد ، فان تأخر في دفعه كان للبائع أن يتقاضى منه الثمن بالطرق القانونية مع الفوائد المتفق عليها إلى يوم دفع الثمن .

وقد لا يوجد اتفاق على الفوائد ، ولكن يوجد عرف يقضى بدفعها ، كما إذا كان الثمن يدخل في حساب جاري بين المشتري والبائع ، ويقضى العرف بحساب الفوائد القانونية على الحساب الجاري .

ثانياً - فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف ، تكون فوائد الثمن مستحقة من وقت تعلم المشتري المبيع إذا كان هذا المبيع قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات

(١) وقد يتفق المتعاقدان على دفع فوائد بـسر معين عن ثمن مؤجل على أن تسرى هذه الفوائد من وقت البيع إلى وقت حلول الأجل لا إلى وقت الدفع الفعلي . فتقطع في هذه الحالة الفوائد الاتفاقية عند حلول الأجل ، وللبائع بعد ذلك ، إذا أعذر المشتري أن يدفع الثمن أو سلمه المبيع وكان قابلاً أن ينتج إيرادات ، حق في الفوائد القانونية من وقت الإعذار أو من وقت تسليم المبيع (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ من ١٦٧ ، ويشيرون إلى حكم المحكمة النقض الفرنسية في أول ديسمبر سنة ١٩٤٧ - يريه ١٩٤٨ - ١ - ٢٤) .

والأجل أن الفوائد متى سرت ، في أية حالة من الحالات الثلاث التي تسرى فيها الفوائد ، فإنها لا تقطع إلا عند الدفع الفعلي للثمن أو عند استحقاق المبيع ، ما لم يوجد اتفاق مخالف . ويعدل الدفع الفعلي للثمن العرض والتلقي والإيداع وفقاً للقواعد المقررة . ولا يقف سريان الفوائد أمر آخر ، فلا تقطع الفوائد بمجرد تحفظي على الثمن بوقوع دائن البائع تحت يد المشتري ، ولا بحبس المشتري الثمن في البئسوال التي يجوز له فيها ذلك (أوبري ورو ، فقرة ١٥٦ ص ١٠٢ - بودري وبينيا فقرة ٥٣١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ ماضى رقم ٧) .

ويشترط صحة العرض والإيداع ، حتى يتم تسليم سريان الفوائد ، أن يكون العرض خالياً من أي شرط لا يحل للمشتري عرضه ، فلا يجوز أن يشترط المشتري في العرض إضفاء البائع لعقد البيع النهائي في حين أن المشتري سبق له أن حصل على حكم بصحة إضفاء البائع وهو حكم يقوم مقام التصديق على الإضفاء ويمكنه من تسجيل العقد (نفس مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمره رقم ٢٥٥ ص ١٧٩) .

أخرى، (١) وليس ضرورياً أن ينتج المبيع ثمرات أو إيرادات، بل يكفي أن يكون قابلاً لإنتاج ذلك (٢). فإذا كان المبيع منزلاً يصلح للاستغلال أو أرضاً تصلح للزراعة وسلمها البائع للمشتري، فإن الفوائد القانونية على الثمن تستحق على المشتري من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكن المنزل مؤجراً أو لم تكن الأرض مزروعة أو مؤجرة. وبمقتضى الترتيب في نصوص مباداة ثمرات أو إيرادات أخرى، فإذا كان المبيع سيارة خاصة وسلمها البائع للمشتري وجبت الفوائد القانونية على المشتري من وقت تسليم السيارة ولو أنها غير معدة للأجرة بل هي للاستعمال الخاص، ذلك أن السيارة حتى لو كانت غير معدة للأجرة قابلة أن تنتج ريعاً (٣). أما إذا كان المبيع أرضاً غرضاً للبناء ولا تصلح لغير ذلك، فهي غير قابلة لإنتاج ثمرات أو إيرادات أخرى، فلو سلمها البائع للمشتري لم تستحق الفوائد من

(١) استئناف مصر، بزيه سنة ١٩٤٠ المجموعة الرسمية ٤٢ رقم ١١٢ - بئر يوسف الكلية ١٥ أبريل سنة ١٩٤١ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٨١ - استئناف بمطاط ٣١ يناير سنة ١٩٥٧ م ١٩ ص ١٢٩ - ١١ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٧ (ولا تخضع الميراث للتقادم الخمسي لأنها تعويض) - أول مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤١٢ - ٢٢ - ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٥ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٦٠ (ولا تسقط الفوائد بالتقادم الخمسي).

(٢) أما في التقنين المدني السابق - فيجب وفقاً للمادة ٢٢٩/٤١٠ أن يكون المبيع ينتج ثمرات أو أرباحاً أخرى. وللعبارة بتاريخ تمام البيع، فإن كان قبل ٢٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ صحت أحكام التقنين السابق، وإلا فأحكام التقنين الجديد.

(٣) ونص التقنين المدني المصري (م ١/٤٥٨) يختلف من نص التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٥٢) فقد ورد في نص التقنين المصري: «وكان هذا الشيء قابلاً أن ينتج ثمرات أو إيرادات أخرى» وورد في التقنين الفرنسي: «إذا كان الشيء المبيع الذي تم تسليمه ينتج ثمرات أو أي ريع آخر» (la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus). ومن هنا يتبع النص المصري لما لا يتسع له النص الفرنسي. فحق المستأجر في الإيجار لا ينتج إيرادات في القانون الفرنسي (بلائيول وديبير وعامل ١٠ ص ١٦٨ هامش ٣)، وهو قابل لذلك إذا كان يمكن الإيجار من الباطن في القانون المصري. وبذلك يتفق نص القانون الفرنسي إلى أنه يجب أن يكون المبيع المأجور قابلاً أن ينتج إيرادات ولو كان قد انتج ثمرات أو إيرادات. وكذلك الأرض المأجورة ينتج ثمرات أو إيرادات ولو لم ينتج ثمرات أو إيرادات (بلائيول وديبير نظرية ٥٢٤).

ونت تسليم إلا اذا كان هناك اتفاق على ذلك (١) .

ومتى سلم البائع المبيع القابل لإنتاج إيراء للمشتري ولو تسليماً حكماً (٢) وسواء تسلم المشتري المبيع أو لم يتسلمه (٣) ، وجبت فوائد الثمن من غير حاجة إلى وجود اتفاق على ذلك ، ما دام لا يوجد اتفاق على العكس كان يشترط المثني في عقد البيع على البائع ألا يدفع فوائد عن الثمن حتى بعد تسليم المبيع . وتجب الفوائد على الثمن بمجرد تسليم المبيع القابل لإنتاج الإيرادات ، سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً أو مقسطاً (٤) . والفوائد الواجبة هي الفوائد القانونية وسعرها ٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية ، ونسرى من وقت

(١) وكذلك إذا كان المبيع كتاباً أو صورة زيتية أو مصاغاً ، فهذه الأشياء غير قابلة لإنتاج أرباح (الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٣٤ ص ٢٩٧) . وهذا الحكم محل للنظر ، فإن الأرض المنقضة والكتاب والصورة والمصاغ يمكن الانتفاع بها باستعمالها وإن لم تكن قابلة لإنتاج إيراء ، وكان الأول من ناحية السياسة التشريعية أن تستحق الفوائد من وقت تسليم المبيع سواء كان قابلاً لإنتاج إيراء أو غير قابل لذلك (أنظر في هذا المعنى لوران ٢٤ فقرة ٢٢٣ - بودرى وسينيا فقرة ٥٢٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٩ - كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤٢ - وقارن بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٤٩٨ ص ٧٧٥) .

(٢) الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠١ - الأستاذ عبد المنعم البدر اوى ص ٥٢٧ .

(٣) ويمكن إغذار البائع المشتري أن يتسلم المبيع (بودرى وسينيا فقرة ٥٢٥) .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٥٢٦ - بلانيول وريبير ١٠ ص ١٦٧ هامش ٦ - وقد قضت محكمة النقض بأن حق البائع في فوائد الثمن إذا كان المبيع الذي سلم ينتج منه ثمرات أو أرباح لا يسرى يقوم على أساس من العدل الذي يأبى أن يجمع المشتري بين يديه ثمرة البدلين ، المبيع والثمن . ولذلك حق أن يكون على المشتري فوائد ثمن المبيع الذي تسلمه من يوم تسلمه ، ولا يقف جريان هذه الفوائد أن يكون الثمن أو أن يصبح غير مستحق الأداء حالاً ، كأن يكون مؤجلاً أصلاً أو لعل طارئة أو يكون محجوزاً عليه أو محبوساً تحت يد المشتري . وإذن فالمشتري لا يستطيع أن يتمسك بأنه غير ملزم بفوائد عن باقي ثمن المبيع حتى لو صح ما يدعيه من أن الثمن ما كان مستحق الأداء لعدم تسليم البائع إياه مستندات التملك أو لتخلفه عن تحرير العقد النهائي متى كان قد وضع يده على الأطنان المبيعة (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٠ ص ٦٧٩) ، أو حتى لو كان الثمن غير مستحق الأداء حالاً لسبب يرجع إلى البائع نفسه كأن يكون تأجيل الثمن بسبب إهمال البائع ليستجمع أوراقه التي تثبت ملكيته ليستطاع تحرير العقد النهائي (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٠٦ ص ٦٢٦) . وأسر في أنه لا يجوز للمشتري أن يجمع بين ثمرات المبيع وفوائد الثمن : استئناف مختلط ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٦٥ - ٣ نوفمبر سنة ١٩١١ م ٤٤ ص ٤ .

تسليم المبيع وتبقى صارية إلى يوم الدفع . ونشاعر أن هذا الحكم استثناء نص عليه القانون من القاعدة التي تقضى بأن الفوائد القانونية لا تستحق إلا من وقت المطالبة القضائية . وبرر هذا الاستثناء أن الثمن هو الذى يقابل المبيع ، فنى سلم المشتري المبيع وهو قابل لإنتاج ثمرات ولم يكن قد دفع الثمن ، ففوائد الثمن هي التي تقابل ثمرات المبيع فتجب على المشتري إلى أن يدفع الثمن (١) .

وقد ذكرنا فيما تقدم أن الثمرات والثمار مستحقة للمشتري من وقت تمام البيع ، فكان الواجب أن تستحق للفوائد على المشتري - وهي التي تقابل الثمرات والثمار كما رأينا - من هذا الوقت أيضاً ، أى من وقت تمام البيع لا من وقت تسليم المبيع . وهذا هو الذى يقع فعلاً (٢) ، إلا أن ثمرات المبيع ونماءه من وقت البيع إلى يوم التسليم تقاس في فوائد الثمن ، فلا يأخذ المشتري شيئاً منها إلا من يوم

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد : « ولما كان الثمن هو الذى يقابل المبيع ، وفوائد الثمن هي التي تقابل ثمرات المبيع ، فإنه إذا استحق الثمن وأعذر المشتري بالدفع ، كان الثمن وفوائده للبائع والمبيع وثمراته للمشتري ، وفي أية حال يتمكن فيها المشتري من الاستيلاء على ثمرات المبيع ، حتى لو لم يكن الثمن مستحقاً ، فإنه يلتزم بدفع الفوائد بالسعر القانوني ، كما إذا سلم البائع المبيع وكان قابلاً أن ينتج ثمرات أو أية أرباح أخرى ولو لم ينتج ذلك بالفعل » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠) .

وتسرى هذه الأحكام حتى لو كان البيع بالمزاد ، فالمشتري يرأس عليه المزايد ثمرات العين من يوم رسم المزاد ، وعليه الفوائد طبقاً لشروط قائمة المزايد أو بعد الإبراء أو بعد تسليم العين إذا كانت قابلة لإنتاج ثمرات أو أرباح أخرى (الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٠٠ ص ٢١٦ - ص ٢٧٧) . أما في نزع الملكية للمنفعة العامة ، فقد نصت المادة ١٦ من قانون نزع الملكية (رقم ٧٧ لسنة ١٩٥٤) على أنه « يكون لمصاحب الشأن في العقار الحق في تعويض مقابل عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء الفعلي حين دفع التعويض المستحق من نزع الملكية . . . » (الأستاذ عبد المنعم البدر أوى فقرة ٣٦٧) .

(٢) فإذا كان المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ، فقد اتفقا ضمناً على أنه ، عند هذا اليوم يبدأ سريان الفوائد ، أما قبل ذلك فتكون هناك مقاصة ما بين الفوائد والثمار ، وإذا لم يتفق المتبايعان على ميعاد لتسليم ، فالتسليم واجب فوراً ، وما على البائع إلا أن يعذر المشتري أن يتسلم البيع متى تجب الفوائد عن يوم البيع كما يمتلك المشتري الثمرات والنماء من هذا اليوم أيضاً (بلانويول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٧ ص ١٦٨ - ص ١٦٩ - وأنظر بودري ومينيا فقرة ٤٢٤ - وقارن الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي ص ٣٠١ عاشر ١ والأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٤ - ص ١٢٤) .

التسليم ، وفي نظير ذلك لا يكون مسئولاً عن الفوائد إلا من هذا اليوم كما يقضى
النص (١) .

ثالثاً - فإذا لم يعلم المشتري المبيع أو تسلمه ولم يكن قابلاً أن ينتج لإراداً ،
ولم يكن هناك اتفاق على أن يدفع المشتري فوائد عن الثمن ، فإن الفوائد
لا تستحق على الثمن إلا في حالة واحدة هي أن يكون الثمن مستحق الوفاء (٢) ،
وأعذر البائع المشتري أن يدفعه (٣) . فمن وقت الإعذار يجب ، الفوائد القانونية -
٤٪ في المسائل المدنية و ٥٪ في المسائل التجارية - على الثمن ، وتبقى هذه
الفوائد سارية إلى يوم الدفع . وهذا استثناء آخر من القاعدة التي تقضى بأن
الفوائد القانونية لا تسرى إلا من وقت المطالبة القضائية ، فقد سرت هنا من وقت
الإعذار بموجب نص خاص في القانون (٤) .

(١) ويقع هذا أيضاً عند فتح البيع واسترداد الثمن واسترداد البائع للبيع ، فتقاس
الثمار في الفوائد إلى يوم الاسترداد (استئناف مخطط ١٩ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣
ص ١١٩ - ٣١ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٤٠٤) . أنظر مع ذلك الأستاذ سليمان مرقس
في موجز البيع والإيجار فترة ٢٧٤ ص ٣٧٤ .

(٢) سواء كان مستحق الوفاء منذ البداية أو كان مؤجلاً فحل أجله . وهذا بخلاف التقنين
المدني الفرنسي ، فإن المادة ١٦٥٢ منه توجب على المشتري دفع الفوائد من يوم الإعذار دون
أن تميز ما إذا كان الثمن لا يزال مؤجلاً أو أنه قد حل (أوبري ورو ٥ فترة ٣٥٦ هامش
رقم ٢١ - بودري وسينيا فترة ٥٢٠) . ولكن نص المادة ١٥٨/١ من التقنين المدني المصري
يذكر الفوائد القانونية للثمن ، والفوائد القانونية لا يجب إلا عند التأخر عن الوفاء بالثمن بعد
حلول أجله ، فيجب إذن أن يكون إعذار المشتري بعد حلول أجل الدفع (الوسيط ٢ فترة ٥١٠
ص ٤٠٢ وهامش رقم ١ . وأنظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فترة ٣٦٧ -
الأستاذ منصور مصوار منصور فترة ٩٩ ص ٢٢٢ - وقارن الأستاذ أنور سلطان فترة ٢٩٦
ص ٣٥٨) . فالبايع الذي يرضى بتأجيل الثمن دون أن يشترط فوائد يكون قد أدخل ذلك
في حسابه عند تحديد الثمن (الأستاذ عبد المنعم البدر اوى فترة ٣٦٨ ص ٥٤٢) . أما التقنين
المدني السابق (م ٢٣٠/٤١٠) فالكاالتقنين المدني الفرنسي لم يخص الفوائد بأنها الفوائد
القانونية ، لذلك أمكن تفسيره على أساس أن فوائد الثمن مستحقة بالإعذار دون تمييز بين ما إذا
كان الثمن حالاً أو مؤجلاً (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فترة ٤٣٧ ص ٤٢٩) .

(٣) والمطالبة القضائية من البائع باسترداد المبيع لعدم دفع الثمن تنفص إعذاراً بدفع
الثمن ، فإذا قضى بالثمن من السرى استحققت الفوائد من وقت هذه المطالبة (استئناف مخطط
٢٤ مارس سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢١٦) .

(٤) وغنى عن البيان أن يمكن الاتفاق على عكس ذلك ، فيشترط المشتري على البائع ألا يدفع
فوائد حتى بعد الإعذار .

وبمخلص مما قدمناه أن الفوائد لا تستحق على الثمن في الحالتين الآتيتين :

(١) إذا كان هناك اتفاق على عدم دفع فائدة عن الثمن ، فلا يدفع المشتري فوائد في هذه الحالة حتى لو كان الثمن مؤجلاً ، وحتى لو سلم المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد ، وحتى لو أعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن بعد أن أصبح حراً . ولا تسرى الفوائد في هذه الحالة إلا من وقت المطالبة القضائية بها وفقاً لمراعاة العامة . (٢) إذا لم يكن هناك أى اتفاق في شأن الفوائد ، ولم يسلم البائع المبيع للمشتري أو سلمه إياه ولم يكن قابلاً لإنتاج إيراد (١) وإنما تستحق الفوائد في هذه الحالة إذا سلم البائع المشتري المبيع وكان قابلاً لإنتاج إيراد ، أو حل الثمن فأعذر البائع المشتري أن يدفعه .

٥ ٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالثمن

١ - الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٧ من القانون المدني

على ما يأتي :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك .

٢ - فإذا تعرض أحد المشتري مستنداً إلى حق سابق على البيع أو آبن من البائع ، أو إذا خيف على المبيع أن ينزع من يد المشتري ، جاز له ما لم يمنعه شرط في العقد أن يحبس الثمن ، حتى ينقطع التعرض أو يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن ، على أن يقدم كفيلاً .

٣ - ويسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري غيباً في المبيع (٢) .

(١) صدر مدي ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٤ مخرعة عشر : رقم ١٢٦ ص ٢٤٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٦ من المشروع التمهيدى من وجه بعض مع ما استدر عليه في "تقنين المدني الجديد" : هذا بعض اختلاف لفظي ، وفي لجنة المراجعة =

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٢٩ فقرة أولى / ٤٠٧ و ٣٣١ / ٤١١ - ٤١٢ (١) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٦ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٧٤ - ٥٧٦ وفي تقنين المرجبات والعقود اللبناني المواد ٣٨٧ و ٤٦٦ - ٤٦٧ و ٤٧٠ - ٤٧١ (٢) .

= أدخلت تعديلات لفظية جعلت النص مطابقاً، وأصبح رقمه ٤٧٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٧ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٥ و ص ١٣٧) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٢٩ فقرة أول / ٤٠٧ : في حالة عدم وجود شرط صريح بكون الثمن واجب للدفع حالا في مكان تسليم المبيع .

م ٤١٢ / ٢٢١ - ٤١٢ : وإذا حصل تعرض المشتري في وضع يده على المبيع بدعوى حق سابق على البيع أو ناشئ من البائع ، أو ظهر سبب يخشى منه نزع الملكية من المشتري ، فله أن يجسب الثمن عنده إل أن يزول التعرض أو السبب ، إلا إذا وجد شرط بخلاف ذلك . ولكن يجوز للبائع في هذه الحالة أن يطلب الثمن مع أداء كفيل للمشتري .

(وتنفق أحكام التقنين السابق في مجموعها مع أحكام التقنين الجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٥ (مطابقة المادة ٤٥٧

مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٢٢ - ٢٢٤ و فقرة ٢٢٦ - فقرة ٢٢٩) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٦ (مطابقة المادة ٤٥٧ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٤ : ١ - يصح البيع بشئ حال أو مؤجل إل أجل معلوم . ويجوز اشتراط تقسيط الثمن إل أنساط معلومة تدفع في مواعيد معينة ، كما يجوز الاشتراط بأنه إن لم يوف القسط في ميعاده يتمجل كل الثمن . ٢ - ويعتبر ابتداء مدة الأجل والقسط المالكورين في عقد البيع من وقت تسليم المبيع ، ما لم يتفق على غير ذلك .

م ٥٧٥ : ١ - البيع المطلق الذي لم يذكر في عقده تأجيل الثمن أو تعجيله يجب فيه الثمن معجلاً . ٢ - ويجب على المشتري أن يتقد الثمن أولاً في بيع سلعة بتقد إن أحضر البائع للسلعة . أما إذا بيعت سلعة بمثلها أو نقود بمثلها ، فيسلم المبيع والثمن معاً .

م ٥٧٦ : ١ - إذا تعرض أحد للمشتري مستنداً إل حق سابق على عقد البيع لو آيل من البائع ، أو إذا خيف لأسباب جدية على المبيع أن يستحق ، جاز للمشتري ما لم يمنعه شرط القسط ، أن يجسب الثمن حتى ينتطح التعرض أو يزول خطر الاستحقاق . ولكن يجوز للبائع في هذا ، =

ويخلص من هذا النص أن الثمن يكون واجب الدفع وقت تسليم المبيع ، وهذا حكم ليس من النظام العام فيجوز أن يخالفه اتفاق أو عرف ، وعندما يصبح الثمن مستحق الدفع يجوز للمشتري حبسه عن البائع في بعض أحوال معينة وبشروط معينة . فبحث إذن : (١) متى يكون الثمن مستحق الدفع (٢) حبس المشتري للثمن .

٣٩٦ - متى يكون الثمن مستحق الدفع : تقضى القواعد العامة بأنه يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ، ما لم يوجد

= الحالة أن يطالب باستيفاء الثمن على أن يقدم كفيلاً . ٢ - وبسرى حكم الفقرة السابقة في حالة ما إذا كشف المشتري شيئاً في المبيع وطلب الفسخ أو نقصان الثمن . (وأحكام التقنين العراقي في مجموعها لا تختلف عن أحكام التقنين المصري ، إلا أن التقنين العراقي يضع مبدأ عاماً في البيع المطلق أن يكون الثمن مستحقاً بمجرد تمام البيع ، أما التقنين المصري فيجعل الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع . ولكن النتيجة العملية واحدة ، فوقت تسليم المبيع في البيع المطلق هو وقت تمام البيع . وبوجب التقنين العراقي على المشتري نقد الثمن أولاً ، ثم يسلم البائع المبيع له بعد ذلك - وانظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الصراف فقرة ٢٦٩ - فقرة ٢٧٦ وفقرة ٢٩١ - والأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٥٢ - فقرة ٥٥٦) .

تقنين الموجبات والمقود البنائي م ٣٨٧ : إذا لم يذكر في عقد البيع مواعيد دفع الثمن ولا شروط هذا الدفع ، عد البيع نقداً بلا شرط . م ٤٦٦ ، يجب على المشتري أن يدفع الثمن في التاريخ وعلى الوجه المعين في العقد . وبعد البيع نقداً ، كما جاء في المادة ٣٨٧ ، ويلزم المشتري بدفع الثمن عند الاستلام ، ما لم يكن ثمة نص يخالف . وتكون مصاريف الدفع على المشتري . م ٤٦٧ ، إذا منحت مهلة لدفع الثمن ، فلا تبتدىء إلا من تاريخ إنشاء العقد إذا لم يعين الفريقان تاريخاً آخر .

م ٤٧٠ : إن المشتري الذي تعرض له الغير أو كان مستهدفاً لخطر قريب هام من وقوع هذا التعرض بسبب سند سابق للبيع ، يحق له حبس الثمن ما دام البائع لم يزل عنه التعرض . على أنه يحق للبائع أن يجبره على الدفع بأن يقدم له كفالة أو ضمان كافياً لرد الثمن ومصاريف العقد القانونية إذا نزعته يده عن المبيع . وإذا كان هذا التعرض مقصوداً على عدم من المبيع ، فلا يحق للمشتري أن يحبس من الثمن إلا ما يناسب ذلك القسم ، وتكون الكفالة مقصورة على القسم المعرض لنزع الملكية . ولا يحق للمشتري أن يستعمل حق الحبس إذا كان الدفع مشروطاً على الرغم من كل تعرض ، وإذا كان المشتري عالماً وقت البيع بخطر نزع الملكية منه .

م ٤٧١ : تطبق أحكام المادة السابقة في حالة اكتشاف المشتري لعب في المبيع يوجد رده . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري) .

(م ٤٠ - الوسيط - ١)

اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، (م ١/٣٤٦ مدني) وكان مقتضى تطبيق هذه القواعد في حالة الالتزام بالثمن أن يكون الثمن مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

وقد وجد هذا النص فعلاً ، وهو النص الذي نحن بصدده أي المادة ٤٥٧ مدني مألوفة الذكر ، ويقضى بأن يكون الثمن مستحق الدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، وذلك حتى تنفذ الالتزامات المتقابلة في وقت واحد ، كما تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (١) .

فاذا لم يحدد لتسليم المبيع وقت ، فقد قدمنا أن المبيع يكون واجب التسليم فوراً بمجرد تمام البيع (٢) ، ومعنى ثم يكون الثمن أيضاً مستحق الدفع فوراً بمجرد تمام البيع (٣) ، ونكون بذلك قد رجعنا إلى تطبيق القواعد العامة التي سبق بيانها . على أنه قد لا يحدد لتسليم المبيع وقت فيكون المبيع واجب التسليم بمجرد تمام البيع كما قدمنا ، ولكن يحدد للدفع الثمن وقت فينتق المتعاقدان على أن يدفع في نهاية أجل معين أو أن يدفع أقساطاً كل قسط في ميعاد معين ، فيجب في هذه الحالة دفع الثمن أو أقساطه في الميعاد أو المواعيد المتفق عليها (٤) مع تسليم المبيع فوراً بمجرد تمام البيع ، فلا يرتبط في هذه الحالة وقت دفع الثمن بوقت تسليم المبيع . وقد يقضى العرف بأن يكون دفع الثمن في وقت معين ، كأن يكون دفعه بعد تسليم المبيع أو قبل التسليم ، وليس معه ، وعند ذلك يتبع العرف سواء حدد لتسليم المبيع وقت معين أو كان التسليم واجباً فوراً بمجرد تمام البيع .

وإذا حدد لتسليم المبيع وقت معين ، فعند ذلك يكون الثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً ، ونكون بذلك قد خرجنا على القواعد العامة التي رأيناها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٦ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٩ .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : ويتبين من كل ما تقدم أنه إذا لم يوجد اتفاق خاص أو عرف ، يكون المبيع مستحق التسليم وقت تمام البيع ، والثمن مستحق الدفع في هذا الوقت أيضاً : ومن هذا الوقت كذلك يكون للبائع فوائد الثمن والمشتري حموات المبيع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٦ - ص ١٢٧) .

(٤) استئناف غنط ١٢ مايو سنة ١٩١١ م ٣٣ ص ٣٢٧ .

تقضى بأن الالتزام يكون واجب الوفاء بمجرد ترتيبه في ذمة المدين أى بمجرد تمام البيع ، والخروج على القواعد العامة كان بموجب نص القانون (١) كما سبق القول . على أنه قد يحدد لتسليم المبيع وقت ويحدد وقت آخر لدفع الثمن ، فلا يكون الثمن في هذه الحالة مستحق الدفع إلا في الوقت الذى حدد لدفعه ، فيدفع جملة واحدة عند انقضاء الأجل المعين أو يدفع على أقساط كل قسط في الميعاد الذى حدد له . وقد يتفق على تحديد وقت لتسليم المبيع وعلى أن يكون دفع الثمن فوراً ، فعند ذلك يجب دفع الثمن بمجرد تمام البيع ، أما المبيع فيسلم في الوقت الذى حدد لتسليمه (٢) .

(١) وهذا بخلاف ما إذا حدد المتعاقدان وقتاً لدفع الثمن ولم يحددا وقتاً لتسليم المبيع ، فلا يرتبط في هذه الحالة وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، بل يجب تسليم المبيع فوراً ودفع الثمن في الوقت المحدد (بودرى وسينيا فترة ٤٩٤ ص ٥٣٥) . أما إذا كان الأجل المعطى لدفع الثمن هو نظرة الميسرة أو كان أجلاً تفضل به السائغ ، عاد اقتران وقت تسليم المبيع بوقت دفع الثمن ، ولا يسلم البائع المبيع إلا في الوقت الذى يقبض فيه الثمن (أبرى ورو ٥ فترة ٢٥٦ ص ١٠٠ بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٦٥ هامش ٢) .

وإذا كان المبيع متعدياً وذكر في العقد أن يسلم بعضه في وقت وبعضه في وقت آخر ، فإن الثمن يدفع عند تسليم كل جزء من المبيع بنسبة هذا الجزء . أما إذا لم يذكر في العقد وقتان مختلفان لتسليم المبيع ، فإن المشتري لا يدفع شيئاً من الثمن إلا إذا تسلّم كل المبيع فعند ذلك يدفع الثمن كاملاً (بودرى وسينيا فترة ٥٠٠) .

ويلاحظ أن قاعدة دفع الثمن وقت تسليم المبيع مفروضة فيها أن الثمن يدفع للبائع أو نائبه ، أما إذا اشترط البائع على المشتري دفع الثمن لشخص آخر كدائنه ، فإن وقت دفع الثمن ينفصل في هذه الحالة عن وقت تسليم المبيع ، ثم يتفق على ميعاد لدفع الثمن إلى الأجنبي ، فإن دفع الثمن له يجب أن يكون فوراً بمجرد تمام البيع حتى لو اشترط لتسليم المبيع ميعاد متأخر (بودرى وسينيا فترة ٥٠١ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فترة ١٤٦ ص ١٦٦) .

وإذا كان الثمن مستحق الدفع وقت التسليم ، وعرض السائغ على المشتري المبيع عرضاً حقيقياً ، وتخلّف المشتري عن دفع الثمن ، فالحكم الذى يسلم بأن البيع يصبح لاغياً ومفسوخاً من تلقاء نفسه طبقاً لشروط البيع المتفق عليها لا يجوز النemy عليه بأنه رتب على تقصير المشتري في الوفاء بالتزامه إعفاء البائع من الوفاء بالتزامه المقابل ، ولا يكون منتجاً النemy على هذا الحكم بأنه يجب الوفاء بالالتزامين في وقت واحد (نقص مدني ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ٩ رقم ٢٦ ص ٢٠٤) .

(٢) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « وقد يتفق المتعاقدان على أن يدفع الثمن بعد أو قبل تسليم المبيع ، كأن يتفقا على أن يدفع الثمن سعلاً بمجرد تمام البيع =

٢٩٧ - مبس المشتري للثمن : ومتى أصبح الثمن مستحق الدفع على النحو الذى يبينه ، كان من حق البائع أن يتقاضاه من المشتري ولو جبراً . إلا أن المشتري ، وقتاً للفقرتين الثانية والثالثة من المادة ٤٥٧ مدنى صالفة الذكر ، يحق له أن يجبس الثمن ولو كان مستحق الدفع إذا وقع له تعرض للمبيع أو وجدت عنده أسباب جدية تجعله يخشى وقوع هذا التعرض أو وجد بالمبيع عيباً يوجب الضمان .

فوقوع تعرض بالفعل للمشتري فى المبيع يوجب ضمان التعرض والاستحقاق كما سبق القول ، ويجوز فى الوقت ذاته ، إذا كان المشتري لم يدفع الثمن ، أن يجبسه حتى لو كان مستحق الدفع كما قدمنا . ذلك أنه إذا تحقق الضمان كان على البائع أن يدفع قيمة المبيع ، ومن ثم جاز للمشتري أن يجبس الثمن ليكفل رجوعه بالقيمة على البائع . ولا يشترط أن يقع التعرض بالفعل للمشتري ، كما يشترط ذلك فى تحقق ضمان التعرض والاستحقاق ، بل يكفي أن يكون عند المشتري أسباب جدية يخشى معها من وقوع هذا التعرض (١) . فلو كشف

= واو كان تسليم المبيع مؤجلاً ، أو على أن يدفع الثمن مؤجلاً على أقساط أو جملة واحدة ولو كان المبيع قد سلم فى الحال . وقد يقضى العرف بأحكام أخرى فيتعين اتباعها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٣٦) .

وقد ترتبط مواعيد دفع الثمن بميعاد التسليم فيحل القسط الأول من الثمن عند تسليم المبيع وتحل الأقساط الباقية فى مواعيد معينة بعد التسليم ، فيكون مبدأ سريان مواعيد الأقساط الباقية هو الوقت الذى يتم فيه التسليم فعلاً ولو تأخر عن الوقت المتفق عليه . وقد قضت محكمة النقض بأن المفهوم من نصوص لائحة بيع أراضى بلدية الاسكندرية أن الميعاد الذى أعطى للمشتري لدفع ثلث الثمن هو بعينه الميعاد الذى أعطى للبائع لتسليم المبيع ، فهما متماثلان تمام التماسك . فإذا كانت أرض البلدية التى رسا بمزادها على المشتري ودفع ثلث الثمن فى الحصة الأيام التالية لرسو المزاد قد تأخر تسليمها إليه لخلاف بينه وبين المجلس فى شأن هذا التسليم ، ثم سوى هذا الخلاف ببيع بعض أجزاء أخرى للمشتري مجاورة للأرض المبيعة أولاً ، وتم تسليم كل ما بيع من الأرض فى تاريخ معين ، فإن ميعاد استحقاق القسط الأول من باقى الثمن يبدأ من هذا التاريخ الذى حصل فيه تسليم الأرض بمساحتها الأخيرة لا من اليوم الخامس من رسو المزاد (نقض الدنى ٣ فبراير سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٣ ص ٢٧٣) .

(١) ويجب أن نكون الأسباب جدية ، فالتزم لا يكون (استئناف مختلط ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣١) . ولا يكون طلب الشفعة سبباً كافياً لجبس المشتري الثمن ، فإذا =

أن الملكية البائع كانت ملكية معلقة على شرط ناسخ ونحشى أن يكون هذا الشرط قد تحقق ، أو معلقة على شرط واقف ونحشى أن يكون هذا الشرط لم يتحقق ، أو أن البائع اشترى المبيع ولم يدفع الثمن فأصبح البيع الصادر له مهدداً بالفسخ (١) . أو أن المبيع مثقل بحق رهن (٢) أو حق اختصاص (٣) أو حق ارتفاق ولو لم يتعرض صاحب هذا الحق فعلاً للمشتري في انتفاعه بالمبيع ، بل لو وسم أن هناك قيوداً (inscriptions) على المبيع لم تخطب حتى لو أكد له البائع أن هذه القيود قد زالت أسبابها (٤) إذ من سقه أن يطلب من البائع شطب هذه

== لم يدفع من يطلب الأخذ بالشفعة الثمن إلى البائع ، وجب على المشتري نفسه دفعه إليه (استئناف مخطط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٧) . ولا يكن كذلك مجرد إعلان الراسى عليه المزاو بسبب الاستحقاق (استئناف مخطط ١١ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٤٧) . وإذا مضى وقت كاف لتملك المشتري المبيع بالتقادم ولم بعد يخشى التعرض ، فليس له أن يحبس الثمن (استئناف مخطط ١١ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٧) . ولا يكن ظهور عجز في المقدار لحبس كل الثمن ، ويكن في هذه الحالة حبس ما يقابل العجز من الثمن (استئناف مخطط ٥ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٤١٥) . وليس للمشتري أن يحبس الدفعة المستحقة من الثمن إذا كان لا يزال باقياً من الثمن دفعات لم تحل وتكن لتغطية ما هو مهدد به من استحقاق جزئى (استئناف مخطط ٢ يونيو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٥٦) . وإذا لم يحبس المشتري دفعة من الثمن ، فهذا لا يمنعه من حبس الدفعة الأخرى التى تستحق بعد ذلك (استئناف مخطط ١ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧١) . وللمشتري حبس الثمن إذا كان البائع قد ملك المبيع برسر المزاو ولم يدفع الثمن ، فأصبح مهدداً بإعادة المزاو عليه (استئناف مخطط ٢ مارس سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٦٣) . وللمشتري أن يحبس الثمن لمجرد وجود رهن أو حق اختصاص أو أى حق آخر على المبيع يتهدده (استئناف مخطط ١٧ يناير سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ١١٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٤٩ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٦٦٢ ص ٨١١ - ١١ فبراير سنة ١٩٣١ الجريدة القضائية ١٣٩ ص ١٤) . وله أن يحبس الثمن حتى يقوم البائع بشطب التسجيلات التى تعهد بشطبها (استئناف وطنى ٢٨ فبراير سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٥ رقم ٥٧ ص ٩٨) .

(١) وبخاصة إذا كان البائع الأول قد رفع دعوى فسخ وسجل صحيفتها قبل أن يسجل المشتري حقه شرائه .

(٢) استئناف وطنى ٨ فبراير سنة ١٨٩٢ الحقوق ٦ ص ٤٠٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٤٣ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٦٢ .

(٤) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٦ - ما لم يكن واضحاً وضوحاً كافياً أن هذه القيود لا قيمة لها إطلاقاً (بلانيول وريبير وهامل ١٠ ص ١٧٢ هامش ٤) ، وهذا إذا لم يكن المشتري قد اشترط =

في كل هذه الأحوال تقوم عند المشتري أسباب جدية يخشى معها زرع المبيع من يده ، وإذا كان لا يستطيع أن يرفع على البائع دعوى ضمان التعرض والاستحقاق لعدم وقوع تعرض بالفعل ، فإنه يستطيع مع ذلك أن يجبس عنه

= في عقد بيع شطب القيود قبل دفع الثمن . وإذا كان المشتري على غير بينة من أمر دين ثابت مسجل على الدين المبيعة ، ولا أن صاحب هذا الدين قد شرع من أجله في إجراءات نزع الملكية التي أوشكت على التمام ، وذلك لأن إشارة البائع في العقد إلى حق الامتياز الثابت لهذا الدائن لم تكن لتفيد أنه مجرد من موعوم ، فالمشتري يحق في حبس باقي الثمن ، ولا يؤبه لما نص عليه العقد من أن وجود الحق الذي يدعيه الدائن لا يمنع من دفع باقي الثمن إذ يعتبر هذا شرطاً قائماً على الفرض تنقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٦٤٥) .

(١) ولكن مجرد احتمال وجود تسجيلات على الدين المبيعة لا يكفي لتحويل المشتري حق حبس الثمن . وقد قضت محكمة النقض بأن مجرد احتمال وجود تسجيلات على الدين المبيعة لا يحول المشتري حق حبس الثمن حتى يتحقق من خلوها من التسجيلات ، وبخاصة بعد أن يكون قد تسلم المبيع . فان القانون ، إذ رسم الطريق لحماية حقوق المشتري من الخطر الجدي الظاهر الذي يهددها ، قد ألزمه دفع الثمن . ومتى كان المشتري هو الذي امتنع به إنذاره رسمياً عن دفع الباقي من الثمن مقابل شطب التسجيل الذي كان يهدد ملكيته ، ثم لم يقم من جانبه بما هو ملزم به قانوناً وبحكم العقد ، فلا يصح اعتبار البائع مفسراً في الوفاء بالتزاماته قبله (نقض مدني ٢٨ ماي سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٢ رقم ١٦٤ ص ٤٦٨) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لو صح القول بأن دعوى الشفعة لا تهدد حق المشتري المشفوع منه لأن حقه في استرداد ما دفعه من الثمن إلى البائع مضمون قبل الشفع مما لا يجوز له حبس الثمن ، فإن هذا القول لا يصدق على المشتري الثاني للمقار الذي لم يختصم في دعوى الشفعة ، وإنما يكون في هذه الحالة مقطوع السلة بالشفيع ولا يحق له الرجوع عليه بما عسى أن يكون قد دفعه إلى البائع له ، ومن ثم يستهدف حقه للضياع بعد أن يكون المقار المشفوع فيه قد نزع ملكيته . وعلى ذلك يجوز لهذا المشتري الثاني حبس الثمن ، حتى يفصل في دعوى الشفعة (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣) .

كذلك للمشتري حبس الثمن إذا لم يقم البائع بتطهير العين في الميعاد المستخلص من شروط البيع ، وليس للبائع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لحبس المشتري للثمن . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا احتج البائع لعدم قيامه بتطهير الدين من الدين الذي عليها بأن تعهده بذلك لم يمين له في العقد وقت يجب إتمامه فيه ، فأجابته المحكمة على ذلك بأنها رأت من الأوراق أن نية المتعاقدين انصرفت إلى أن كلا الطرفين التزم بما تعهده به من التزام الآخر بتعده ، وأن التطهير كان يجب أن يتم من جانب البائع في ميعاد غايته اليوم الذي حدد لاستحقاق القسط الأخير من باقي ثمن المبيع ، وكان ما أوردته المحكمة في هذا الصدد من شأنه أن يؤدي إلى ما انتهت إليه ، فلا صعب عليها في ذلك (نقض مدني ٢٦ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٤٥ ص ٤٥) .

التمن . كذلك لو كشف المشتري عيباً في المبيع وكان من العيوب التي توجب الضمان على النحو الذي قدمناه في ضمان العيوب الخفية ، فإن للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يحبس التمن . على أنه يشترط لجواز حبس التمن في جميع الأحوال المتقدمة ألا يكون هناك اتفاق بين البائع والمشتري يقضي بأنه لا يحق للمشتري حبس التمن لسبب من هذه الأسباب . ذلك أن حق حبس التمن ليس من النظام العام ، بل هو قد تقرر لمصلحة المشتري ، فالمشتري أن ينزل عنه قبل قيام صبه أو بعد قيام هذا السبب (١) . ويعدل الاتفاق على عدم جواز حبس التمن أن يكون هناك سبب يقضي بعدم ضمان البائع لاستحقاق المبيع أو للعيوب الخفية فيه ، فإنه لا يكون هناك محل لحبس التمن عنه إذ أن التمن مستحق له حتى لو ثبت الاستحقاق أو ظهر العيب (٢)

فاذا توافرت الشروط التي قدمناها ، كان للمشتري أن يحبس التمن عن البائع ولو كان مستحق الدفع كما قدمنا . ولكن يجب ألا يكون المشتري قد دفع

(١) ولما كان المشتري ينزل بهذا الاتفاق من حق له فإنه يجب أن يكون النزول واضحاً لا ليس فيه شأن النزول من أي حق . فلا يكن وعد المشتري بمد كشفه قيام سبب للحبس أن يدفع التمن في ميعاد معين ، فقد يحمل هذا الوعد على أن المشتري أراد أن يفسح الوقت أمام البائع لإزالة سبب الحبس . كذلك لا يكن أن يكون المشتري قد تعهد بدفع التمن لأجنبي لسقوط حق الحبس ، فإن المشتري يستطيع أن يحتج بحقه في الحبس تجاه الأجنبي كما يحتج به تجاه البائع . وسنرى أنه لا يكن أن يقبل المشتري حوالة البائع للتمن ، فالقبول وحده لا يستخلص منه نزول المشتري من حقه في الحبس ، فإذا اقترن بظروف تقيد هذا القبول سقط حق المشتري في الحبس (بودرى وسينيا فقرة ٥١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

كذلك لا يكن علم المشتري وقت البيع بخبر نزع الملكية عنه حتى يحرم من حق التمن ، وإن كان التقنين اللبناني (م ١٧٠) ينص على أن ذلك يكن . ذلك أن علم المشتري بسبب الاستحقاق في القانون المصري لا يكن لسقوط ضمان الاستحقاق عن البائع ، فلا يكن هنا أيضاً لسقوط حق حبس التمن عن المشتري . وقد قضت محكمة النقض بأن جهل المشتري بسبب نزع الملكية وقت الشراء ليس شرطاً في قيام حقه في الحبس ، أما علمه بهذا السبب فقد يصلح أو لا يصلح دلالة على تنازله عن الحبس ، وذلك على حسب ما ينشأ به واقع الدعوى (نقض مدني ٤ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٢٧ ص ٤٩٨ . وانظر أيضاً بودرى وسينيا فقرة ٥١٢ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

(٢) استئناف مختلط ٢٨ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٧١ - ويجب أن يكون الضمان قد سقط كلية عن البائع ، أما إذا كان لا يزال ملتزماً بدفع قيمة المبيع فإن للمشتري الحق في حبس التمن (بودرى وسينيا فقرة ٥١٤ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥١) .

التمن إلى البائع ، وإذا كان قد دفعه لم يحق له استرداده منه لحبسه (١) ، ويكون حبس الحبس قد سطر بالبيع حتى لو أن المشتري وقت أن دفع الثمن لم يكن عالماً بتمام سبب الحبس (٢) . فإذا كان لم يدفع الثمن كان له أن يحبس كما سبق القول ، ولا يستطيع البائع أن يطلب منه دفعه ، بل لا يستطيع أن يطلب منه إيداعه خزانة المحكمة (٣) . فالمشتري حر إن شاء حبس الثمن في يده وبقي ديناً في ذمته ، وإن شاء أودعه خزانة المحكمة وبرئت ذمته منه (٤) . غير أن له مصلحة في إيداعه خزانة المحكمة بدلاً من حبسه في يده ، ليس فحسب حتى تبرأ ذمته من الثمن ، بل أيضاً لقطع سريان الفوائد إن كانت مستحقة على الثمن ، فإن الفوائد لا تنقطع إذا بقي الثمن في ذمته ولو كان حابساً له (٥) كما قدمنا ، وتنقطع (٦) لذا هو أودعه خزانة المحكمة (٧) . وإذا قام سبب الحبس في بعض المبيع لاسي

(١) وإذا سلم المشتري الثمن للمحامي الذي يتولى كتابة العقد أو الوسيط ، فإن رد منه له مستبراً إياه وكيلاً عن البائع لم يستطيع استرداده ، أما إن كان سلمه له مستبراً إياه وكيلاً عن التسليم إلى البائع بعد الكشف عن البقار جاز له أن يسترده (الأستاذان أحمد نجيب الملل وحامد زك فقرة ٤٣٥ هامش ١ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ ص ٣٢٧ - ص ٢٣٨) .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٥٠٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٠ .

(٣) بودري وسينيا فقرة ٥٠٨ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ - أوبري ورو

فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ .

(٤) ويستطيع بعد إيداعه خزانه المحكمة ، وقبل قبول الإيداع أو الحكم بصحته ، أن يسترده ويعبئه في يده (بودري وسينيا فقرة ٥١١) .

(٥) نفق مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٠ ص ٢٧٩ - استئناف نصر ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ٢٢ - استئناف مخطط ٧ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٦ . بل لا يستطيع المشتري حبس الفوائد مع الثمن ما لم يكن قد حرم من الانتفاع بالمبيع فعند ذلك يحق له حبس الفوائد أيضاً (بودري وسينيا فقرة ٥١٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٥٢ - غارن لوران ٢٤ فقرة ٣٢٧ - وانظر استئناف مخطط ٢٦ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٧ ص ١٦٨) .

(٦) ولكنها لا تنقطع إذا كان الإيداع غير صحيح (نفق مدني ٢٥ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النفق ١ رقم ١٣٤ ص ٥٣٤) ، أو كان قد أودع الثمن وحجز عليه دائنو البائع وبقي مودعاً بسبب معارضة منه في التوزيع الرقعي أو النهائي ويتبين أن المعارضة لا أساس لها (استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٩٨) .

(٧) أوبري ورو ، فقرة ٣٥٦ ص ١٠١ - بودري وسينيا فقرة ٥١٩ . وانظر آنفاً فقرة ٢٩٢ في الهامش .

كله ، بأن وقع تعرض في جزء من المبيع أو خشي المشتري وقوع هذا التعرض أو ظهر على المبيع حق رهن لا يستغرقه أو حق ارتفاق أو نحو ذلك ، فليس للمشتري أن يحبس كل الثمن ، بل يحبس جزءاً منه يتناسب مع الخطر الذي يهدده ، فيحبس ، مثلاً ما يسارى الدين المضمون بالرهن أو يعدل قيمة حق الارتفاق أو قيمة الجزء المهدد بالاستحقاق (١) . وحق المشتري في حبس الثمن على النحو الذي قدمناه يحتاج به المشتري ، ليس فحسب تجاه البائع ، بل أيضاً تجاه الغير كما إذا حول البائع الثمن فان للمشتري أن يمنح بحق الحبس تجاه المالك له حتى لو كان المشتري قد قبل الحوالة ما لم يستخلص من هذا القبول نزوله عن الحق في الحبس (٢) .

وحق المشتري في حبس الثمن ، وإن ورد فيه نص خاص (م ٤٥٧/٣٥٢ مدني) ليس إلا تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ *exceptio non adimpleti contractus* وللحق في الحبس بوجه عام *droit de rétention* . فالزام المشتري بدفع الثمن للبائع يقابله الزام البائع بنقل ملكية هادئة نافعة للمشتري ، فإذا وجدت أسباب جدية يخشى معها ألا يقوم البائع بتنفيذ التزامه ، كأن يخشى المشتري تعرض الغير فلا تخلص له الملكية الهادئة أو يكشف عيباً في المبيع فلا تخلص له الملكية النافعة ، كان له أن يقف تنفيذ التزامه بدفع الثمن حتى يقوم البائع من جهته بتنفيذ التزامه (٣) .

(١) بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٤٩ ص ١٧٣ - وإذا اختلف المشتري مع البائع على القدر الذي يحبس من الثمن قدرت المحكمة هذا القدر وتتأسس في ذلك عند الحاجة برأى الخبراء . (بودرى وسينيا فقرة ٥١٨ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٤ - الأستاذ محمد علي إمام فقرة ٢٣٨ - وقارن الأستاذ جميل الشراوى ص ٢٩٧) .

وفي تقنين الموجبات والمقود البناني نص (م ٤٧٠) يقضى بأنه « إذا كان التعرض مقصوراً على قسم من المبيع ، فلا يحق للمشتري أن يحبس من الثمن إلا ما يتناسب ذلك القسم » . (انظر آنفاً فقرة ٣٩٥ في الهامش) .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٥٠٧ .

(٣) ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا المعنى : « وحق الحبس هذا ليس إلا تطبيقاً للحق في الحبس والدفع بعدم تنفيذ المقدموعا مقرران في القواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٦) .

ويبقى حق المشتري في حبس الثمن قائماً ، ولا يسقط إلا بأحد أمرين
(١) إذا زال سببه ، وانقضى التعرض بنزول المتعرض عما يدعيه ، أو زال الخطر
بأن دفع البائع مثلاً لمن له رهن على المبيع الدين المضمون بالرهن أو شطب القيد
المأخوذ على المبيع ، أو أصلح البائع العيب الذي كشفه للمشتري في المبيع
أو عوّضه عنه التعويض الكافي أو حسم النزاع في شأنه . (٢) إذا قدم البائع
للمشتري كفالة شخصية أو عينية تضمن له ما عسى أن يترتب على ضمان التعرض
والاستحقاق أو على ضمان العيب من تعويض (١) .

== عل أن هناك ترسباً في مبدأ الدفع لعدم التنفيذ إذا كان حق المشتري في حبس الثمن يرجع ،
لا إل تعرض فعل أو عيب كشفه المشتري ، بل إل مجرد خشية المشتري من أن ينزع المبيع
من يده ، فهذا لا يمكن القول بأن البائع لم ينفذ التزامه ، بل كل ما هناك أنه يخشى من عدم
إمكان البائع من تنفيذ التزامه ، وهذه حالة لا تجوز الدفع بعدم التنفيذ في تطبيقاته العامة ، وتجيزه
هنا في هذا التطبيق الخاص (بلانبول وريبير وعامل ١٠ فترة ١٤٨ - الأستاذ عبد الفتاح
عبد الباقي فترة ٢٧٩ ص ٢٩٤ - الأستاذ عبد المنعم البدراري ص ٥٤٩) . ومن ناحية أخرى
فإن مبدأ الدفع بعدم التنفيذ أوسع من الحالات المذكورة في المادة ٢٥٧/٢ و ٣ مدني ، فيصح
للمشتري أن يحبس الثمن إذا تعرض له البائع شخصياً أو إذا لم يتم بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية
أو إذا لم يسلم المبيع أو إذا لم يتم بأي التزام آخر نشأ في ذمة من عقد البيع (الأستاذ محمد كامل
عمري فترة ١٩٩ ص ٣٧٠ - ص ٣٧١ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقي فترة ٢٧٩ -
ص ٢٩٦ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٢٨) .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٢٦ -
استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٩٣ - أول أبريل سنة ١٣١٤ م ٢٦
ص ٣٠٣ - ٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٤٤ ص ٣٥٦ - ١٤ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٩٢ .
وتقدم الكفالة في حدود الثمن الجائز حبسه ، فإذا زاد التعريض عن ذلك لم تكن الكفالة
واجبة إلا بمقدار الثمن فهو وحده الذي يحق للمشتري أن يحصل على ضمان لاسترداده من البائع
إذا كان للاسترداد محل . وتقديم الكفالة من حق البائع ، فإذا لم يشأ تقديمها لم يستطيع المشتري
إجباره على ذلك ، وليس له إلا حبس الثمن (بودري وسينيا فترة ٥١٥) . وإذا كان هناك
اتفاق على أن المشتري لا يدفع الثمن إلا بعد أن يشطب البائع الفيرد المتخذة على المبيع ، كان
المشتري ألا يدفع الثمن ولو قدم البائع له كفالة إلا بعد شطب الفيرد (بودري وسينيا
فترة ١٦٦) كذلك يحق للمشتري حبس الثمن بالرغم من تقديم الكفالة إذا أراد تطهير المبيع
من الرهن ، ويجب لذلك أن يستبق الثمن في يده لمعرضه على الدائن المرتهن (بودري وسينيا
فترة ٥١٧ - بلانبول وريبير وعامل ١٠ فترة ١٥٣) .

وإذا كان البيع ملحوظاً عليه وفاة الزوجين التي على العين المبيعة من الثمن ، أغنى عن تقديم
الكفالة أن يطلب البائع من المشتري إيداع الثمن عند وفاة الزوجين لوفاء بدينهم =

(ب) المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن

٣٩٨ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٥٦ من التشريع المدني على ما يأتي :

١ - يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .

٢ - فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم البائع ، وجب الوفاء به المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن (١) .

== وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الكاتب من وقائه الدعوى أن المشتريين تسلموا العين المبيعة ولم يدفعوا سوى جزء من الثمن حتى استحق عليهم القسط الثاني منه ، وكان هذا البيع ملحوظاً فيه وفاء الديون التي على العين المبيعة من الثمن ، ثم أنذرهم بإيداع الثمن بخزانة المحكمة على أن يستحضر الدائنين المسجلين ويوفيههم ديونهم مقابل تطهير العين المبيعة من حقوقهم عليها ، ومع ذلك لم يودعوا . فطلب البائع فسخ البيع ، فقضت المحكمة برفض هذا الطلب ، مرسدة حكماً على مجرد أن المشتريين استخرجوا في نفس الشهر الذي حصل فيه البائع شهادة عقارية دالة على أن العين المبيعة كانت مثقلة باثني عشر تسجيلاً أرست على أبي جنيه ، وأن هذه الشهادة شملت جملة قديرات عن نزع ملكية العين ، وأن هذه الحالة تشفع للمشتريين في حبس الثمن لمثل خطر نزع الملكية ، فهذا القضاء يكون مخالفاً للقانون . إذ الإيداع بالخزانة هو خير كفالة يمكن أن يطالب بها المشتري ، فعليه متى طلب ذلك أن يودع الثمن مع اشتراط تطهير العين المبيعة من التسجيلات قبل صرفه إلى البائع . ولا بعد هذا في حبس الثمن أن تكون الديون زائدة عليه ما دام المشتري غير مطلوب منه أن يودع أكثر من الثمن وما دام هو ليس له أن يطلب أكثر من تطهير العين قبل صرف الثمن إلى البائع (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٧٥ ص ٤٩٧) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٠٥ من المشروع التمهيدى عن وجه يتفق مع ما استقر عليه في التشريع المدني الجديد ، فيما عدا عبارة « سلم فيه المبيع » الواردة في الفقرة الأولى فقد كانت في المشروع التمهيدى « سلم فيه المبيع » . وعدلت هذه العبارة في لجنة المراجعة ، فأصبح النص مطابقاً ، وصار رقمه ٤٩٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت ٤٥٦ (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٢٢ - ص ١٢٤) .

وبقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٤٩٦/٣٢٨ و ٣٢٩ فقرة ٢ و ٤٠٨/٣ - ٤٠٩ (١) .

وبقابل في التتبعات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادة ٤٢٤ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٤٥ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٥٧٣ - ولا مقابل لما في تقنين الموجبات والعقود اللبناني (٢) .

ويخلص من هذا النص أنه لتحديد المكان الذي يجب فيه الوفاء بالثمن يتعين التمييز بين حالتين : (١) حالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع وقت تسليم البيع . (٢) وحالة ما إذا كان الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم البيع .

(١) التقنين المدني السابق م ٤٠٦/٣٢٨ : يجب على المشتري وفاء الثمن في المباد وفي المكان المبين في عقد البيع وبالشروط المتفق عليها فيه .
م ٢٤٩ فقرة ٢ و ٤٠٨/٣ - ٤٩٩ : وإذا كان الثمن مؤجلاً يكون دفعه في محل المشتري ، ومع ذلك يراعى في هذه المادة عرف البلد والعرف التجاري .
(ولم تذكر هذه المصوص أن مكان الوفاء بالثمن هو نفس مكان تسليم البيع لو كان وقت دفع الثمن هو نفس وقت تسليم البيع ، ولكن هذا الحكم كان يستخلص ضمناً من مقصود المصنف .

(٢) التتبعات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٤ (مطابقة للمادة ٤٥٦ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ منصور الزرقا فقرة ٢٢٥) .
التقنين المدني الليبي م ٤٤٥ (مطابقة للمادة ٤٥٦ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٧٣ : إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد لزم أدائه في مكان المشترط أدائه فيه ، فإذا لم يبين المكان وجب أدائه في المكان الذي يسلم فيه البيع وإذا لم يكن معيناً عند تسليم البيع ، وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الالتزام ، ما لم يوجد عرف أو قانون يفسر بغير ذلك .

(وأحكام التقنين العراقي تتفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الدين فقرة ٢٧٤ و فقرة ٢٨٧ والأستاذ مياس حسن الصراف فقرة ٥٥٠ - فقرة ٥٥٢) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني : لا يوجد نص مقابل ، فتسري القواعد العامة ، وهذه ترضى بأن يكون الوفاء بالثمن في موطن المشتري (م ٢٠٢ لبناني) ، ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك .

٣٩٩ - **التمن متى الدفع وقت تسليم المبيع** : يخلص مما تقدمناه

في تحديد الوقت الذي يجب فيه الوفاء بالتمن أن التمن يكون مستحق الدفع وقت تسليم المبيع في الفروض الآتية :

(١) إذا لم يحدد وقت لا لتسليم المبيع ولا لدفع التمن ، فعندئذ يكون تسليم المبيع واجباً وقت تمام البيع ، وفي هذا الوقت أيضاً يكون التمن مستحق الدفع .

(٢) إذا حدد وقت واحد لكل من تسليم المبيع ودفع التمن .

(٣) إذا حدد وقت معين لتسليم المبيع دون تحديد وقت ما لدفع التمن ، فعندئذ يكون التمن مستحق الدفع في الوقت الذي يتم فيه تسليم المبيع .

ففي هذه الفروض جميعاً ، ما دام التمن يدفع في الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، فانه يدفع أيضاً في المكان الذي يسلم فيه المبيع ، حتى يكون تنفيذ الالتزامين المتقابلين في وقت واحد وفي مكان واحد (١) . وقد قدمنا أن تسليم المبيع يكون في المكان الذي يوجد فيه عند تمام البيع ، فإذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت وجب تسليمه في موطن البائع (٢) . ويترتب على ذلك أنه في الفروض السالف ذكرها - حيث يكون التمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع - يجب دفع التمن إما في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت تمام البيع إذا كان له محل وجود ثابت ، وإما في موطن البائع إذا لم يكن للمبيع محل وجود ثابت ، وبذلك يتم تسليم المبيع (٣) ودفع التمن في وقت واحد وفي مكان واحد . وسواء دفع التمن في المكان

(١) فإذا كان المشتري هو الذي يطلب المبيع وجب عليه أولاً أن يدفع التمن ، وإذا كان البائع هو الذي يطلب التمن وجب عليه أولاً أن يسلم المبيع (أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ vente ، فقرة ١٥٨١) . وإذا أرسل البائع السلعة إلى المشتري في مقابل دفع ثمنها (contre rembour- sement) فكان تسليم المبيع ودفع التمن هو موطن المشتري (أنسيكلوبيدي دالوز ، لفظ vente ، فقرة ١٦١٣) .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٢١٠ .

(٣) ولا بد أن يتم التسليم فعلاً في المكان الذي يدفع فيه التمن ، حتى يكون تنفيذ كل من الالتزامين المتقابلين في مكان واحد . وهذا ما يطل أن عبارة « يسلم فيه المبيع » التي كانت واردة في نص المشروع التمهدي قد عدلت في لجنة المراجعة فأصبحت « يسلم فيه المبيع » (بمجموعة الأعمال التشريعية ٤ من ١٣٢ - وأنظر آنفاً فقرة ٤٨٨ في المامبي) .

الذي يوجد فيه المبيع أو دفع في موطن البائع ، في الفرضين يكون الحكم استثناء من التواعد العامة ، وهي تقضي بأن يكون وفاء الالتزام — وهو هنا الثمن أي مبلغ من النقود — في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال (م ٢/٣٤٧ مدني) . فلو قد دفع الثمن ، لا في موطن المدين وهو المشتري أو في مركز أعماله ، بل دفع إما في مكان وجود المبيع وإما في موطن الدائن وهو البائع .

كل هذا بطبيعة الحال ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه .

٤٠٠ — **الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع :**

ويكون الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع في الفرضين الآتين :

(١) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن دون أن يحدد وقت ما لتسليم المبيع ، هذا الفرض يكون تسليم المبيع واجباً بمجرد تمام البيع ، ويكون دفع الثمن واجباً في الوقت الذي حدد له .

(٢) إذا حدد وقت معين لدفع الثمن وحدد وقت آخر لتسليم المبيع ، فيكون دفع الثمن وتسليم المبيع واجبين في وقتين مختلفين .

وعندئذ — في الفرضين المتقدمين — تنتفي الحكمة من جعل مكان دفع الثمن هو مكان تسليم المبيع ، فقد كانت وحدة المكان ملحوظة عندما كان الوقت واحداً أيضاً حتى لا يسلم المبيع ويدفع الثمن في وقت واحد وفي مكانين مختلفين . أما الآن والثمن يدفع في وقت غير الوقت الذي يسلم فيه المبيع ، فلم تعد هناك ضرورة في أن يدفع في المكان الذي يسلم فيه المبيع (١) . ومن ثم وجب الرجوع في هذين الفرضين إلى القواعد العامة ، وهي تقضي كما رأينا بأن دفع الثمن يكون

(١) لكن إذا كان الأجل المنوخ للمشتري لدفع الثمن هو فترة الميسرة أو كان أجلاً يفضل به عليه البائع ، بقي المشتري ملتزماً بدفع الثمن في المكان الذي تسلم فيه المبيع وإن كان يدفعه فيه وقت غير وقت تسليم المبيع (جيوار ٢ فقرة ٥٦٠ — أوبري ورو ، فقرة ٢٥٦ ١٠٠ — بودري وسبينا فقرة ٤٩٦ — بلازول وريبير ومادل ١٠ ص ١٦٥ مابش ١) .

في موطن المشتري أو في مركز أعماله وقت استحقاق الثمن . وهذا مانصت عليه فعلا النقرة الثانية من المادة ٤٥٦ مدني إذ تقول : « فإذا لم يكن الثمن مستحق وقت تسليم المبيع ، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن » . فليس هذا النص إلا . بيتاً للقواعد العامة المتقدم ذكرها ، ومن ثم وجب أن يكون مكان دفع الثمن ، إذا كان البيع متعلقاً بالأعمال التي يمارسها المشتري عادة وبخاصة إذا كان بيعاً تجارياً ، هو مركز أعمال المشتري (م ٣٤٧/٢ مدني) .

وكل هذا أيضاً ما لم يوجد اتفاق أو عرف يخالفه (١) .

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالثمن

٤٥٦ - **تأثير القواعد العامة :** إذا أخل المشتري بالتزام الوفاء بالثمن ، كفلت القواعد العامة تعيين الجزاء على هذا الإخلال . فالبيع عقد ملزم للجانبين يثني التزامات متقابلة ، والالتزامان المتقابلان الرئيسيان فيه هما التزام البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والتزام المشتري بدفع الثمن للبائع . فإذا لم ينفذ المشتري بالتزامه ، جاز للبائع بداهة أن يلزمه بالتنفيذ فينفذ جبراً على ماله بالثمن ويستطيع بوجه خاص أن ينفذ على المبيع ذاته بعد أن أصبح ملك المشتري وله عليه حق امتياز البائع فيتقدم فيه على سائر دائني المشتري . ويجاز للبائع أن يطلب

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد المكان الذي يجب فيه الرد . بالثمن : « أما المكان فقد كانت القواعد العامة تقضى بأن يكون موطن المشتري وقت الاستحقاق الثمن ، وهذا ما قرره المشروع فيما إذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع . أما إذا كان مستحقاً في هذا الوقت ، فإن البيع وهو عقد ملزم للجانبين يجب أن ينفذ جملة واحدة فيدفع الثمن وقت تسليم المبيع وفي مكان هذا التليم . كل هذا لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغيره . (مجموعة الأعمال التشريعية : ص ١٣٦) .

فسخ البيع نهائياً لقواعد الفسخ المقررة في العقود الملزمة للجانبين (١). وجرى للبائع أخيراً ، إذا كان لم يسلم المبيع إلى المشتري ، أن يحبس في يده حتى يستوفي الثمن ، تطبيقاً لقواعد الدفع بعدم تنفيذ العقد المقررة أيضاً في العقود الملزمة للجانبين . وهذه الجزاءات المختلفة - التنفيذ الجبري وحق الامتياز وحبس المبيع وفسخ البيع - لها أهمية عملية بالغة في البيع بوجه خاص ، لما لهذا العقد ذاته من أهمية عملية بالغة أشرنا إليها منذ البداية (٢) . وهي ضمانات قوية للبائع تيسر له الحصول على حقه من المشتري بطرق متعددة فتكفل بذلك مصلحته ، وتكفل في الوقت ذاته مصلحة المشتري نفسه إذ تهىء له سبل الائتمان فيستطيع في سر أن يجد البائع الذي يمهله في الوفاء بالتزامه مطمئناً لما وضع القانون بين يديه من ضمانات قوية .

أما التنفيذ الجبري وحق الامتياز فلهما مكان آخر ، الأول مكانه قانون المرافعات والثاني عند الكلام في حقوق الامتياز . وبنى للبحث هنا طريقان :
(١) حبس المبيع (٢) وفسخ البيع (٣) .

(١) وقد كان المشروع يهدف إلى نص في المادة ٦٠٩ من هذا المشروع ، وكانت تجري على الوجه الآتي : « إذا لم يدفع المشتري الثمن عند استحقاقه ، أو لم يقيم بالالتزامات الأخرى التي نشأت من عقد البيع ، فالبايع بالخيار بين أن يلزم المشتري بالتنفيذ أو أن يطلب فسخ البيع » . والنص مقتبس من المادة ٤١٣/٣٢٢ من التقنين المدني السابق ، وتنص على أنه « إذا لم يدفع المشتري ثمن المبيع في الميعاد المتفق عليه ، كان للبائع الخيار بين طلب فسخ البيع وبين طلب إلزام المشتري بدفع الثمن » . وقد حذفت المادة ٦٠٩ من المشروع التهديدي في لجنة المراجعة « لأنها مستفادة من انقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٤٦ في الهامش و ص ١٤٩ في الهامش) . أنظر أيضاً الفقرة الأولى من المادة ٥٨١ من التقنين المدني العراقي « وأنظر استئناف مخطط ١٨ أبريل سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٠٥ » .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي في مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ١٥١ - ص ١٥٢ و ص ١٥٤ .

(٣) وقد يشترط البائع ألا يتصرف المشتري في المبيع قبل وفائه بالثمن كاملاً ، فهذا الشرط صحيح ، ومتى سجل البيع مقترناً بهذا الشرط جاز الاحتجاج به على من يتصرف له المشتري قبل الوفاء بالثمن (استئناف مخطط ١١ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٦٢ - يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٢٤ : ولكن يجوز للمشتري أن يعتبر البيع الصادر له سبباً صحيحاً للنسك بالتقادم القصير - ١٧ فبراير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٤٦ - ١٧ أبريل سنة ١٩٣٤ =

§ ١ - حبس المبيع

٤٠٤ - النص الرسمي القانوني : تنص المادة ٤٠٤ من القانون المدني على ما يأتي :

١ - إذا كان الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، فالبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي ما هو مستحق له ولو قدم المشتري رهناً أو كفالة ، هذا ما لم يمنح البائع المشتري أجلاً بعد البيع .

٢ - وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ولو لم يحل الأجل بشرط الدفع الثمن إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقاً لأحكام المادة ٢٧٣ . وتنص المادة ٤٦٠ على ما يأتي :

« إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له ، كان الهلاك على المشتري ، ما لم يكن المبيع قد هلك بفعل البائع » (١) .

(م ١٦ ص ٢٥٥) . وقد يحتفظ البائع بالملكية حتى وفاة الثمن (استئناف مخطط ١٢ : ص ١٩٢٢ م ٢٥ ص ٩١ - ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢١٧) ، وقد يشترط أنه في حالة تأخر المشتري في دفع قسط تحمل باقى الأقساط وتستحق عليها جميعاً فوائد تأخير دون حاجة إلى إعدار ، فوضح الشرط (استئناف مخطط ١٤ : يونيو سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ٣٦٢) . وإذا اشترط البائع فسخ البيع عند تأخر المشتري في دفع قسط مع اعتبار الأقساط المدفوعة من قبل مستحقة للبائع على سبيل التعويض ، نظر القاضي في إعطاء البائع التعويض المناسب ، وإلا كان المبلغ المدفوع على سبيل التعويض أكبر كلما كانت الأقساط المدفوعة أكثر (استئناف مخطط ١٩ : مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٢٠٧ - ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ م ٤٣ ص ٤٤٩ - أول مارس سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٤٠) .

(١) تاريخ النصوص

٤٤٩ - ورد هذا النص في المادة ٦٠٧ من المشروع التمهيدي ، والفقرة الأولى من نص المشروع التمهيدي السابق ما استقرت عليه في القانون المدني الجديد . أما الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدي ، كانت تنص على الآتي : « وكذلك يجوز للبائع أن يحبس المبيع ، حتى لو لم يحل الأجل ، بشرط الدفع الثمن » إذا كان المبيع قد أصبح ما عليه من أعباء كونه بالثمن ، أو كان في حالة إسكان يملك فيها أن يبيع الثمن من البائع ، ما لم يبيع الثمن كإيجار من رتبة الرابطة وذلك في الحالة بغير أن يكون الأخير ملزماً وإمكان الترخيص (م ٤١ - ٤٠ - ٤١ - ٤٢ - ٤٣ - ٤٤ - ٤٥ - ٤٦ - ٤٧ - ٤٨ - ٤٩ - ٥٠ - ٥١ - ٥٢ - ٥٣ - ٥٤ - ٥٥ - ٥٦ - ٥٧ - ٥٨ - ٥٩ - ٦٠ - ٦١ - ٦٢ - ٦٣ - ٦٤ - ٦٥ - ٦٦ - ٦٧ - ٦٨ - ٦٩ - ٧٠ - ٧١ - ٧٢ - ٧٣ - ٧٤ - ٧٥ - ٧٦ - ٧٧ - ٧٨ - ٧٩ - ٨٠ - ٨١ - ٨٢ - ٨٣ - ٨٤ - ٨٥ - ٨٦ - ٨٧ - ٨٨ - ٨٩ - ٩٠ - ٩١ - ٩٢ - ٩٣ - ٩٤ - ٩٥ - ٩٦ - ٩٧ - ٩٨ - ٩٩ - ١٠٠) .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المواد ٢٧٤/٣٤٥ و ٢٧٩/٣٥٠ و ٢٨٠/٣٥١ و ٢٨١/٣٥٣ و ٣٥٢ مختلط (١) .

= الوارد فيه على المادة ٢٧٣ من التقنين المدني الجديد ، وأصبحت المادة رقمها ٤٧٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٥٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٣ - ص ١٤٥) .

م ٤٦٠ : ورد هذا النص في المادة ٦٠٨ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
 « ١ - إذا حق للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فلا يجوز للمشتري أن يستولى على المبيع دون إذن من البائع ، وإلا جاز لهذا البائع أن يسترد المبيع . ٢ - على أنه إذا ملك المبيع في يد المشتري ، كان الهلاك عليه . ٣ - أما إذا سلم البائع المبيع طوعاً ، فليس له أن يسترده ، ولكنه يحتفظ بحقه في المطالبة بفسخ العقد » . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة لعدم ضرورتها ، وعدلت الفقرة الثانية بجعلها تنص على حكم الحالة العكسية لأنها أكثر خفاء ، فأصبح النص على الوجه الآتى : « ١ - إذا استعمل البائع حقه في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن ، فليس للمشتري أن يستولى على المبيع دون إذن البائع ، وإلا جاز للبائع أن يسترد المبيع . ٢ - وفي جميع الأحوال إذا ملك المبيع في يد البائع وهو حابس له . كان الهلاك على المشتري » . وصار رقم المادة ٤٧٣ في المشروع النهائي . وفي لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب حذفت الفقرة الأولى ، وأنها « تطبيق واضح للقواعد العامة لا ضرورة للنص عليه » ، فأصبحت المادة مقصورة على الفقرة الثانية بعد أن أضافت إليها اللجنة حالة ما إذا كان المبيع قد هلك بفعل البائع وهو حابس له وقضت أن الهلاك في هذه الحالة يكون عليه لا على المشتري ، وهذه الحالة محتملة الترقع فوجد من السيد النص عليها . وأصبح نص المادة مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . ووافق عليها مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٠ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٦ و ص ١٤٨ - ص ١٤٩) .

(١) التقنين المدني السابق م ٢٧٤/٣٤٥ : وضع اليد على المبيع بدون إذن البائع لا يكون حتمياً إن لم يمنع الثمن المستحق ، بل يكون للبائع الحق حينئذ في استرداد المبيع . وإنما إذا هلك المبيع وهو في حيازة المشتري ، كان هلاكه عليه .

م ٢٧٩/٣٥٠ : للبائع الحق في حبس المبيع في يده لحين استيلائه على المستحق فوراً من الثمن كلاً أو بعضاً على حسب الاتفاق ، ولو عرض المشتري عليه رهناً أو كفالة ، هذا إن لم يكن البائع المذكور قد أعطى المشتري بعد البيع أجلاً لدفع الثمن لم يحل .

م ٢٨٠/٣٥١ : ليس للبائع الذي لم يتحصل على الثمن المستحق دفعه إليه أن يسترد المبيع الذى سلمه باختياره للمشتري ، وإنما له الحق في الحصول على فسخ عقد البيع بسبب عدم الوفاء به .
 م ٢٨١/٣٥٣ : إذا فلت التأمينات المعطاة من المشتري لدفع الثمن أو صار في حالة إعسار يترتب عليه خياع الثمن على البائع ، جاز للبائع المذكور حبس المبيع عنده ولو لم يحل الأجل المتفق عليه لدفع الثمن فيه ، إلا إذا إعطاء المشتري كفيلاً .

م ٢٨٢ مختلط : وليس للبائع أن يمتنع عن التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه .
 (وأحكام التقنين السابق تنفذ في مجموعها مع أحكام التقنين الجديد ، فيما عدا المادة ٢٥٢ =

وتقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري
المادتين ٤٢٧ - ٤٢٨ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٤٨ - ٤٤٩ -
وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٧٧ - ٥٨٠ - وفي تقنين الموجبات والعقود
اللباني المواد ٤٠٧ - ٤١١ (١) .

= مختلط فهذه حذفت لأنها هل غير مقتضى القواعد العامة : المذكرة الإيضاحية لمشروع التهدي
في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - ص ١٥٤) .

(١) التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٢٧ - ٤٢٨ (مطابقتان
للمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
فقرة ٢٣١ - فقرة ٢٣٦) .

التقنين المدني الليبي م ٤٤٨ - ٤٤٩ (مطابقتان لمادتين ٤٥٩ - ٤٦٠ مصري) .
التقنين المدني العراقي م ٥٧٧ : ١ - للبائع حق حبس البيع إلى أن يستوفى ما هو حال
من الثمن ولو كان المبيع جملة أشياء يبعث صفقة واحدة ، فله حبه إلى أن يستوفى الثمن الحال ،
سواء سمي لكل منها ثمن أو لم يسم . ٢ - حق إعطاء المشتري رهناً أو كفيلاً بانئن لا يسقط
حق الحبس .

م ٥٧٨ : ١ - إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن ، فقد أسقط حق حبه ، وليس
للبائع في هذه الحالة أن يسترد المبيع من يد المشتري ويحبه إلى أن يستوفى الثمن . ٢ - وقبض
للمشتري للمبيع بدون إذن البائع قبل أداء الثمن لا يكون معتبراً ، وللبائع حق استرداده . فإن
هلك المبيع أو تمسب وهو في يد المشتري ، يتقلب القبض معتبراً ، ويلزم المشتري بأداء ما في
ذمته من الثمن .

م ٥٧٩ : ١ - إذا كان الثمن مؤجلاً في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع ،
فلا حق له في حبس المبيع ، بل يلزم بتسليمه إلى المشتري ولا يطالب بالثمن قبل حلول الأجل .
٢ - هل أنه يجوز للبائع أن يحبس المبيع حتى لو لم يحل الأجل المشروط لدفع الثمن ، إذا كان
المشتري قد أضف ما قدمه من تأمينات للوفاء بالثمن ، أو كان في حالة إصرار يوشك معها
أن يضيع الثمن على البائع ، هذا ما لم يقدم المشتري كفالة .

م ٥٨٠ : إذا مات المشتري مطلقاً قبل قبض المبيع ودفع الثمن ، فللبائع حق حبه إلى أن
يستوفى الثمن أو تبينه المحكمة وتؤدى للبائع حقه من ثمنه . فإن زاد عن حق البائع يدفع الزائد
لبقى للفرعاه ، وإن نقص ولم يوف حق البائع بتمامه فيكون أسوة للفرعاه فيما بقى له .

(وأحكام التقنين العراقي تنفق في مجموعها مع أحكام التقنين المصري . انظر في القانون
المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٢٩٣ - فقرة ٢٩٩ - الأستاذ عباس حسن الصرافه
فقرة ٥٦٦ د - فقرة ٥٧١) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٠٧ : يجب أن يكون التسليم في وقت معين له في العقد ،
وإذا لم يبين وقت وجب التسليم على أثر إنشاء العقد مع مراعاة المهل التي تقتضيها طبيعة المبيع =

ونبذ حبس المبيع مسائل ثلاثاً : (١) متى يثبت للبائع حق حبس المبيع
(٢) وما الذى يترتب على ثبوت هذا الحق (٣) وكيف ينقضى .

٤٠٧ — متى يثبت للبائع حق حبس المبيع : يخلص من نص المادة ٤٥٩
مدنى السالفة الذكر أن البائع يثبت له حق حبس المبيع حتى يستوفى الثمن إذا
كان وقت دفع الثمن متقدماً أو معاصراً لوقت تسليم المبيع . ويتحقق ذلك فى
الحالتين الآتيتين :

أولاً — إذا كان الثمن مستحق الدفع ولم يكن البائع قد سلم المبيع للمشتري .
مثل ذلك أن يكون البيع مطلقاً من حيث وقت دفع الثمن فيكون الثمن مستحق

= أو العرف . إن البائع الذى لم يمنح المشتري مهلة للدفع لا يلزم بتسليم المبيع ما دام المشتري لم
يدفع الثمن . ولا يقوم مقام دفع الثمن كفالة أو غيرها من وجوه التأمين .

م ٤٠٨ : إذا بيعت عدة أشياء بجملة ، فيحق للبائع أن يحبسها كلها لديه إلى أن يقبض
مجموع أثمانها ، وإن كان ثمن كل منها قد عين هل حدة .

م ٤٠٩ : ليس للبائع أن يمنح عن تسليم المبيع : أولاً — إذا أجاز لشخص آخر أن يقبض
الثمن أو البقية الواجبة منه . ثانياً — إذا قبل حوالة على شخص آخر فى دفع الثمن أو البقية
الراجعة منه . ثالثاً — إذا منح المشتري بعد العقد مهلة للدفع .

م ٤١٠ : لا يلزم البائع بتسليم المبيع وإن يكن قد منح الشارى مهلة للدفع : أولاً — إذا أصبح
المشتري بعد انعقاد البيع فى حالة الإعسار . ثانياً — إذا كان فى حالة الإفلاس أو التصفية
القضائية عند البيع مع جبر البائع حله . ثالثاً — إذا نقصت التأمينات التى قدمها ضماناً للدفع حتى
أصبح البائع مستهدفاً لخطر هلاك الثمن .

م ٤١١ : إذا استعمل البائع حق حبس المبيع بمقتضى المواد المتقدم ذكرها ، كان ضماناً
لجميع على الشروط التى يضمن بها الدائن المرتهن الشيء المرهون منه .

(وتنطبق أحكام التقنين اللبناني مع أحكام التقنين المصرى ، نيساعداً : (١) أن قبول البائع
لحوالة الثمن من شخص آخر يفسط حقه فى الحبس فى التقنين اللبناني ، كذلك إذا أجاز البائع
أن يقبض الثمن شخص آخر . أما فى القانون المصرى فيبقى حق الحبس ضماناً للبائع .
(٢) حالات سقوط الأجل فى القانون اللبناني تختلف فى بعض تفصيلاتها عن حالات سقوط
الأجل فى القانون المصرى . أما فى علاك العين المبيعة وعلى مسؤولية غنى يد البائع بغير فعل البائع ،
فإن الهلاك يكون على المشتري فى القانون المصرى ، وقد أعال التقنين اللبناني فى ذلك على أحكام
الرهن وتنص المادة ١٠٨ من قانون الملكية العقارية فى لبنان بأن : بعض العقار بإشرافه
واسع اليد ويبقى بعهددة المالك وعلى مسئوليته إذا أثبت المرتهن حدوث ظروف قاهرة . فالحال
إذاً يكون على المالك أى الراهن فى حالة الرهن وعلى المالك أى الراهن المبيع ، ويكون حكم التقنين
اللبناني متفقاً فى مع حكم التقنين المصرى) .

الدفع بمجرد تمام البيع ، ويكون مطلقاً متى ثبت وقت تسليم المبيع فيكون البيع واجب التسليم أيضاً بمجرد تمام البيع ، فيعاصر وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع . ومثل ذلك أيضاً أن يحدد وقت تسليم المبيع دون أن يحدد وقت لدفع الثمن ، فيكون وقت دفع الثمن هو وقت تسليم المبيع كما قدمنا ، فيتعاصر الوقتان . ومثل ذلك أخيراً أن يحدد وقت لدفع الثمن متقدماً على الوقت الذي يحدد لتسليم المبيع ، فيسبق وقت دفع الثمن وقت تسليم المبيع ، فإذا تأخر المشتري في دفع الثمن حتى حان وقت تسليم المبيع كان للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن .

ثانياً - إذا كان الثمن مؤجلاً إلى وقت متأخر عن وقت تسليم المبيع ، فحان وقت تسليم المبيع قبل حلول أجل دفع الثمن ، ولكن الأجل المحدد لدفع الثمن سقط بسبب من أسباب سقوط الأجل ، فحل دفع الثمن في الوقت الذي يجب فيه تسليم المبيع أو قبله ، وتعاصر الوقتان أو سبق الوقت الذي استحق فيه الثمن ، فيجوز للمشتري في هذه الحالة أيضاً أن يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن . وأسباب سقوط الأجل قبل انقضائه مذكورة في المادة ٢٧٣ مدني إذ تقول : « يسقط حق المدين في الأجل : ١ - إذا شهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لتصوص القانون . ٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص ، وأو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين . أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا يدخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضماناً كافياً . ٣ - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات » . وقد سبق تفصيل القول في ذلك (١) .

ويخلص مما تقدم أن البائع لا يحق له حبس المبيع إذا كان وقت دفع الثمن متأخراً عن وقت تسليم المبيع ، ولم يسقط أجل الوفاء بالثمن بسبب من أسباب السقوط المتقدمة الذكر (٢) . ويتحقق ذلك مثلاً إذا كان قد حدد وقت لدفع

(١) انظر الوسيط ج ٢ فقرة ٧١ - فقرة ٧٤ .

(٢) ويجب أن يسقط الأجل مثلاً ، فلا يكفي مجرد تشبه البائع أن يكون المشتري مستعراً منه . بل هو الأجل (بلانويك ، بيريير ، وعامل ١٠ من ١٨٠٠ وبعاصي رقم ٣) . أما إذا كان البائع قد دفع الثمن أو لم يدفعه ، فإنه لا يمكن إسقاطه من قبل المشتري . أما إذا كان المشتري قد دفع الثمن ، فإنه لا يمكن إسقاطه من قبل البائع . (بلانويك ، بيريير ، وعامل ١٠ من ١٨٠٠ وبعاصي رقم ٤) .

التمن متأخر من الوقت الذي حدد تسليم المبيع ، أو حدد وقت لدفع الثمن ، أن يحدد وقت لتسليم المبيع فيجب في هذه الحالة تسليم المبيع بمجرد تمام . أما الثمن فيدفع في الوقت الذي حدد له ، ولا يجوز في هاتين الحالتين حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (١) . كذلك لا يكون البائع في حاجة إلى حبس المبيع إذا كان وقت تسليمه متأخراً عن وقت دفع الثمن ، فهو في هذه الحالة يستطيع أن يطالب المشتري بدفع الثمن دون أن يسلم له المبيع إلا في الوقت المحدد للتسليم ؛ ولكن إذا جاء هذا الوقت وكان المشتري لم يدفع الثمن بعد جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٢) .

ونلاحظ بعد ذلك أمرين : (١) إذا كان الأجل الممنوح لوفاء الثمن هو أجل منحه القاضى - وهذه هي نظرة الميسرة - لم يحل قيام هذا الأجل دون البائع لتسليم إلى أن ينتقضى الأجل ويستوفى الثمن ، حتى لو كان وقت تسليم سبيع سابقاً على وقت انقضاء الأجل . ذلك أن الأجل الذى يعطى لدفع الثمن فيحول دون حق الحبس يجب أن يكون أجلاً منحه البائع للمشتري كما تقول العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٤٥٩ مدنى ، أما الأجل الذى يعطيه القاضى للمشتري فقد منحه القاضى لا البائع ، ولعله يكون قد منحه للمشتري رغم إرادة البائع نفسه ، وهو على كل حال أجل منظور فيه إلى التيسير على المشتري لا إلى إضاعة حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن (٣) . (٢) إن حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفى الثمن في الأحوال المتقدم ذكرها ليس إلا تطبيقاً لقاعدة الدفع بعدم تنفيذ العقد ولقاعدة الحق في الحبس بوجه عام (٤) ، فإن البيع عقد ملزم للجانبين وقد تأخر المشتري فيه عن الوفاء بالتزامه

(١) ولكن قد يقع في هاتين الحالتين - وقت دفع الثمن متأخر من وقت تسليم المبيع أو تحديد وقت لدفع الثمن دون تحديد وقت لتسليم المبيع - ألا يطالب المشتري بتسليم المبيع حتى يحين وقت دفع الثمن ، فللبائع عندئذ أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن المستحق .

(٢) بودرى وسينيا فقرة ٣٠٧ ص ٣٠٨ .

(٣) لوران ٢٤ فقرة ١٧٠ - جيوار ٢ فقرة ٢١٧ - أوبرى ورو ٤ فقرة ٢٤٤

هاش ونم ١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٣٠٦ - بلانيول وريبير ومامل ١٠ فقرة ١٥٧ ص ١٩٧ .

(٤) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأحوال الشخصية ، ص ١٤٢ .

وهو دفع الثمن ، فجاز للبائع أن يثبت هو أيضاً من جانبه تنفيذ التزامه وهو تسليم المبيع ، فيحبسه حتى يستوفي الثمن (١) . وهذه القاعدة ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن ثم يجوز للمشتري أن يشترط على البائع في عقد البيع ألا يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وسنرى أن البائع يجوز له أيضاً ، بعد أن يثبت حقه في الحبس ، أن ينزل عن هذا الحق إما بمنحه أجلاً للمشتري لدفع الثمن ، وإما بتسليمه المبيع اختياراً للمشتري بدلاً من حبسه ، وإما بأي طريق آخر يفيد النزول عن الحق .

٤٠٤ - ما الذي يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع : يترتب

على ثبوت حق البائع في حبس المبيع ما يترتب على الحق في الحبس بوجه عام ، وقد بحثنا ذلك تفصيلاً عند الكلام في الحق في الحبس (٢) .

فالبايع يمتنع عن تسليم المبيع للمشتري حتى يستوفي الثمن كاملاً وفوائده التي قد تكون مستحقة ، وهذا بالرغم من أن وقت تسليم المبيع يكون قد حل . ولا يتجزأ حق الحبس ، فلو دفع المشتري بعض الثمن بقي المشتري حابساً للمبيع حتى يستوفي الثمن والتراشد جميعاً . ولو كان المبيع جملة أشياء بيعت صفقة واحدة ، فللبائع أن يحبس كل المبيع حتى يستوفي كل الثمن ، سواء سمي لكل شيء من الأشياء المبيعة ثمن أو لم يسم ، ولا يحق للمشتري أن يطالب البائع بتسليم بعض المبيع إذا دفع من الثمن ما يقابل هذا البعض (٣) .

وثمرات المبيع أثناء مدة الحبس تبقى من حق المشتري ، فقد قدمنا أن للمشتري ثمرات المبيع من وقت تمام البيع ، ولا يؤثر الحبس في هذا الحق . ولكن يكون للبائع الحق في حبس ثمرات المبيع مع المبيع ذاته حتى يستوفي الثمن

(١) والظاهر من تطبيق القواعد العامة أن عبء الإثبات على المشتري ، فهو الذي عليه أن يثبت أنه وفي بالثمن الحال في ذمته حتى يطالب البائع بتسليم المبيع والامتناع عن حبسه في يده ، ذلك لأن المشتري هو المدين بالثمن والمدين هو الذي يقع عليه عبء إثبات التخصيص من دينه (أنظر مع ذلك بلانجيل وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٤٦ ص ١٧٩) .

(٢) أنظر الوسيط - جزء ١ فقرة ٦٦٨ - فقرة ٦٧٨ .

(٣) أنظر المادة ١/٢٧٧ مرقا والمادة ٤٠٨ الثاني (أنقأ فقرة ٤٠٢ في المادتين)

ولم يأتى الذى تستحق بالرغم من عدم تسلم المشتري للمبيع ، فإن عدم تسلم المشتري للمبيع يرجع إلى خطأه إذ لم يوف بالثمن المستحق في ذمته (١) .

وعلى البائع أن يحافظ على المبيع أثناء حبسه إياه وفقاً لأحكام رهن الحيازة فيبذل في المحافظة عليه عناية الرجل المعتاد (م ١١٠٣ مدنى) ، وفى ذلك تقول الفترة الثانية من المادة ٢٤٧ مدنى : « وعلى الحابس أن يحافظ على الشيء وفقاً لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يقدم حساباً عن غلته » . فإذا بذل هذا القدر من العناية فقد برئت ذمته من التزامه بالمحافظة على المبيع ، فإذا هلك المبيع بالرغم من ذلك بغير فعل البائع كان الهلاك على المشتري ، وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٦٠ مدنى كما رأينا ، وهذا بالرغم من أن تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع . فهى هنا على المشتري لأن التسليم لم يتم بخطأه ، فهو الذى تأخر في دفع الثمن فاضطر البائع إلى حبس المبيع . أما إذا كان الهلاك بفعل البائع ، تحمل هذا مسئولية الهلاك إذ وقع بخطأه ، وجاز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض وفقاً للقواعد العامة . ويرتب على وجوب أن يبذل البائع العناية المعتادة في المحافظة على المبيع أثناء الحبس أنه إذا كان يخشى على المبيع الهلاك أو التلف ، فله أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه ، وينقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه (٢٤٧/٣ مدنى) .

ولا يجوز للمشتري ، أثناء مدة الحبس ، أن يأخذ المبيع من البائع دون إذنه ، فإن فعل جاز للبائع أن يطلب استرداده منه إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذى سلم فيه بخروج المبيع من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه . كذلك يجوز للبائع أن يسترد المبيع من يد أى شخص آخر يأخذه منه

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « أما ثمرات البيع وقت الحبس ، فهى للمشتري من وقت استحقاق الثمن . وعليه فوائده الثمن ، مجموعة الأعمال التمهيدية » (ص ١٥٣) . ومع ذلك فقد قضت محكمة استئناف دمشق بأنه من المقرر قانوناً أن البائع له الحق في حبس العين المبيعة في فترة حبس المدين . كذلك المشتري الذى يفسخ عقد البيع الصادر له من حبس المدين المحكوم بفسخ البيع الصادر فيها حتى يزول الدين السابق له دونه ، وهو غير ملزم بدفع الثمن إلا بطلب بثمرات الدين في فترة حبسها (استئناف دمشق ١٠ يناير ١٩٦٩ ١٥٦٩ الجريدة ٥٥ رقم ١٦١) .

دون إذنه ولو كان غير المشتري ، بنفس الشروط التي يسترد بها المبيع من المشتري . وتقول المادة ٢٤٨ مدني في هذا الصدد : « (١) ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حازه أو محرزه . (٢) ومع ذلك يجوز لحارس الشيء إذا خرج الشيء من يده خفية أو بالرغم من معارضته ، أن يطلب استرداده ، إذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم به بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من خروجه » (١) .

وحق البائع في حبس المبيع يمنح به البائع على الغير ، فلرأى المشتري باع المبيع ، ودفع المشتري من المشتري ثمنه للمشتري ، ولكن المشتري لم يدفع الثمن إلى البائع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع عن المشتري من المشتري حتى يستوفي الثمن من المشتري .

٤٠٥ - كيف ينقضي حق البائع في حبس المبيع : ويبقى حق البائع في حبس المبيع قائماً إلى أن ينقضي هذا الحق ، إما بزوال سببه ، وإما ينزول البائع عنه .

فينقضي حق البائع في حبس المبيع بزوال سبب الحبس ، وذلك بأن يستوفي البائع الثمن والفوائد جميعاً ، وقد قدمنا أن الحبس لا يتجزأ ، فلربقى في ذمة المشتري بعض الثمن أو الفوائد وحدها كان للبائع أن يحبس المبيع كله حتى يستوفي ما بقي في ذمة المشتري .

وينقضي الحق في حبس المبيع بنزول البائع عنه . وقد قدمنا أن هذا الحق ليس من النظام العام ، فيجوز للبائع أن ينزل عنه مقدماً في عقد البيع فلا يجوز أن يحبس المبيع حتى لو لم يستوف الثمن المستحق . وكذلك يجوز للبائع ، بعد أن

(١) أنظر المادة ٢٧٤/٣٤٥ من التقنين المدني السابق والمادة ٢/٥٨٨ عراقي . (٢) في الفقرة ٤٠٢ من المادتين . ولكن إذا ملك المبيع في يد المشتري قبل أن يسترده البائع ، كان الملاك على المشتري من باب أولى ما دام أنه يملك على المشتري حتى لو كان في يد البائع ، ويجب على المشتري الوفاء بالثمن بالرغم من ملك المبيع في يده (المذكرة الإيضاحية للمشروع التشريعي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) .

يثبت له الحق في حبس المبيع ، أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً . فإذا سلم المشتري المبيع اختياراً بعد أثبت حقه في حبسه ، عد هذا نزولاً عنه عن حقه في حبس المبيع (١) ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يسترده من المشتري (٢) . وإنما يستطيع في هذه الحالة أن يطلب فسخ البيع لعدم وفاء المشتري بالثمن ، فإذا فسخ له بالسسخ أمكنه عند ذلك استرداد المبيع (٣) . وإذا ثبت للبائع حق حبس الثمن لعدم استيفاء الثمن المستحق ، ولكن البائع منح بعد ذلك باختياره للمشتري أجلاً لدفع الثمن ، فإن هذا يستخلص منه زول ضمنى من البائع عن حقه في حبس المبيع . فيجوز للمشتري في هذه الحالة مع انتفاعه بالأجل الذى منحه إياه البائع أن يطالب بتسليم المبيع بعد أن رز هذا عن حقه في حبسه (٤) .

لكن حق البائع في حبس المبيع حتى - وفى الثمن المستحق لا يروى حتى

(١) استئناف مختلط ٦ أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٥١ - ولكن لا يعتبر تسليم المبيع إلى المشتري قرينة قاسوية على أن الثمن قد دفع ، وقد يكون قرينة قضائية إذ سمحت ظروف الدعوى باستخلاص هذه القرينة (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤١ ص ٦٢٥ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٣ فقرة ٢٤٩٢) .

(٢) ويؤول حق البائع في حبس المبيع حتى لو رجع إليه بطريق آخر ، كبائع السيارة يسلّمها للمشتري ، ثم يسترجعها لإصلاحها فلا يستطيع أن يحبسها بالثمن (بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٤٦٠) . وكما يجوز للبائع النزول عن حق الحبس إطلاقاً ، ويجوز له أيضاً أن ينزل عنه بشرط أن يقدم له المشتري كفالة أو رهناً بالثمن ، فإذا قدم له هذا الضمان ، سلمه المبيع استعاضاً بالضمان عن حق الحبس .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣ - وانظر المادة ٢٨٠/٣٥١ من التقنين المدنى السابق والمادة ٧٨/١ من التقنين المدنى المراقى آنفاً فقرة ٤٠٢ فى الهامش .

(٤) أنظر العبارة الأخيرة من الفقرة الأولى من المادة ٥٩ مدنى ، والعبارة الأخيرة من المادة ٢٧٩/٣٥٠ من التقنين المدنى السابق ، والمادة ٧٩/١ من التقنين المدنى المراقى والمادة ٩٠٩ ثالثاً من تقنين الموجبات والعقود المبناى (آنفاً فقرة ٤٠٢ فى الهامش) - هذا ما لم يتحفظ البائع عند منحه الأجل للمشتري ، فيمنعه الأجل مع الاحتفاظ بحقه في حبس المبيع حتى يسوفى الثمن . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « أما إذا منح البائع للمشتري أجلاً جديداً للدفع ولم يتحفظ ، سقط حقه في الحبس (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٣) . وقد قدمنا أن الأجل (نظرة الميسرة) الذى يمنحه القاضى للمشتري لوفاء بالثمن لا يسقط حق البائع فى حبس المبيع حتى يسوفى الثمن بعد انقضاء نظرة الميسرة ، لأن القاضى لا يبايع من الذى منح المشتري الأجل .

لو تقدم المشتري رهناً أو كفالة بالثمن . لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفاء في الحال ، فلا يكفي أن يقدم له المشتري رهناً أو كفالة ، وإذا كان الرهن أو الكفالة يضمن له الوفاء بحقه فممنه نظيرهما إذ أنه حتى حبس المبيع وله حق امتياز عليه ، فلايس هرقى حاجة إلى تأمينات أخرى ولا يجبر على الاستعاضة عن التأمينات التي أعطاهها له القانون بتأمينات جديدة يقدمها له المشتري (١) . وقد رأينا (٢) أن حق المشتري في حبس الثمن ، على التقبض من حق البائع في حبس المبيع ، يزول بتقديم كفالة أو رهن للمشتري ، وهذا لأن السبب في ثبوت حبس الثمن للمشتري هو خشيته من أن ينزع منه المبيع أو أن يجد البائع معسراً عند الرجوع بضمان العيب ، فتقديم كفالة أو رهن في هذه الحالة يكفي للإفالة سبب الحبس ، فيزول هذا الحق .

ويلاحظ أن هناك سببين لسقوط الأجل يزولان إذا قدم المشتري للبائع ضماناً . فإذا ضعفت التأمينات التي تكفل الثمن لسبب لا دخل لإرادة المشتري فيه ، سقط الأجل ، وأصبح الثمن حالاً ، فكان للبائع حبس المبيع حتى يستوفيه ، وهذا ما لم يقدم المشتري للبائع ضماناً كافياً (م ٢٧٣ نأب مدني) . فهنا يمنع على البائع حبس المبيع إذا قدم له المشتري ضماناً كافياً للثمن ، لأن الضمان الكافي يحل محل الحبس بعد أن يحل الثمن بسقوط الأجل ، بل لأن الضمان الكافي يمنع من سقوط الأجل فلا يكون الثمن حالاً ومن ثم لا يثبت حق البائع في حبس المبيع أصلاً . وكذلك يسقط الأجل ، فيصبح الثمن حالاً ويحبس البائع المبيع حتى يستوفيه ، إذا لم يقدم المشتري للبائع ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات . فإذا قدم المشتري بعد ذلك ما وعد بتقديمه من التأمينات ، عاد الأجل إلى الظهور ، ومن ثم لا يثبت للبائع حبس المبيع ، لأن التأمينات التي قدمها المشتري للبائع

(١) ونقول الذكر الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ، وإذا كان الثمن كله أو بعضه يستحق الدفع ولم يدفع ، جاز للبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى ما هو مستحق له . ولا يسقط حقه فى الحبس (إلا أن يقدم له : اقرأ ولو تقدم له ، وما ورد فى الذكر الإيضاحية وقع فيه خطأ عادى) المشتري رهناً أو كفالة ، لأن البائع يطلب حقاً واجب الوفاء ، فى الحال ، (بموجبه الأهمال التعديرية : ص ١٥٢ - ص ١٥٤) .

(٢) أنظر آتياً فقرة ٢٩٧ .

قامت مقام الحبس ، بل لأن حق الحبس ذاته لم يعد موجوداً بعد أن رجع
الأجل إلى الظهور بتقديم المشتري التأمينات التي وعد بتقديمها .

وإذا حول البائع الثمن الذي في ذمة المشتري إلى محال له ، انتقل الثمن
بضماناته إلى المحال له ، ومن هذه الضمانات حق حبس المبيع . فإذا كان المبيع
لا يزال في يد البائع وسلمه للمحال له وحل الثمن ، كان للمحال له أن يحبس
المبيع حتى يستوفي الثمن من المشتري ، فلا يزول حق الحبس بالحوالة (١) .

(١) بل والمحال له أن يطلب فسخ البيع ، ويأخذ المبيع بدلاً من الثمن - ومن أجل ذلك
لم ينقل التقنين المدني الجديد الحكم الذي كان وارداً في المادة ٣٥٢ مدني مختلط ، وكانت تنص
على أنه « ليس للبائع أن يمنع من التسليم إذا حول المشتري بجميع الثمن أو بجزء منه » ، فهذا الحكم
لا يتفق مع القواعد العامة ، وقد رأينا مقتضى تطبيقها فيما قدمناه . وكان القضاء الوطني يفتي
في عهد التقنين المدني السابق بأن البائع الذي حول الثمن يبقى محتفظاً بحق حبس المبيع ، لأن التقنين
المدني الوطني أغفل ذكر المادة ٣٥٢ من التقنين المدني المختلط . فقضت محكمة شين الكوم الكلية
مأنه إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر ، فجرد هذا التحويل لا يفهم منه صراحة أو ضمناً
سقوط حق البائع في حبس للمعين المبيعة في القانون الأهل ، وذلك لأن الشارع قد أغفل في القانون
المدني الأهل ذكر المادة ٣٥٢ من القانون المدني المختلط ، ويفهم من هذا أن الشارع الأهل
قصد ألا يسقط حق حبس العين إلا بالتسليم الحقيقي أو التنازل الصريح عن هذا الحق أو دفع الثمن
بالفعل (١٨ يناير سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩٤) .

ونقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد إغفال المشروع للمادة ٣٥٢ مختلط :
« ولم ينقل المشروع المادة ٣٥٢ من التقنين المختلط . فقد تركت هذه المسألة يستخلص حكمها
من القواعد العامة ، وهذه تقتضى بأن البائع إذا حول حقه في الثمن انتقل إلى المحال له ما كان
للبيع من ضمانات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٤) . والمفروض في هذه الحالة
الآخيرة أن المشتري هو الذي أجرى حوالة الدين بامتن فنتقله من ذمته إلى ذمة المحال عليه ،
وقبل البائع هذه الحوالة ، فلا يعد قبوله للحوالة لزوماً منه من حقه في حبس البيع ، بل له أن يحبس
المبيع عن المشتري حتى يستوفي الثمن إما من المحال عليه وإما من المشتري نفسه .

ومن هنا نرى أن الأحكام الثلاثة التي أوردها تقنين الموجبات والعقود اللبناني في المادة ٤٠٩
منه لا تتفق مع القواعد العامة في الحكين الأولين ، وتتفق معها في الحكم الثالث وحده . وتنص
هذه المادة كما رأينا (أنظر فقرة ٤٠٢ في الهامش) ، على ما يأتي : « ليس للبائع أن يمنع
من تسليم المبيع : أولاً - إذا أجاز لشخص آخر أن يتقبض الثمن أو البنية الواجبة منه .
ثانياً - إذا قبل حوالة على شخص آخر في دفع الثمن أو البنية الواجبة منه . ثالثاً - إذا منع
المشتري بعد التسليم مهلة لدفعه » .

٢٩ - فسخ البيع

٤٠٦ - تطبيق الفواهر العامة: إذا لم يف المشرى بالثمن المستحق، فلبائع، غير حبس المبيع، ضمان آخر هو أن يطلب فسخ البيع، وتسرى القواعد العامة في طلب الفسخ، وهذه القواعد مقررة في المادتين ١٥٧ و ١٥٨ من التقنين المدني. فتتص المادة ١٥٧ على أنه ١ - في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعلانه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له منتض. ٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين ذيل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة. وتنص المادة ١٥٨ على أنه «يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد منسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعنى من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه (١)».

وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدني الجديد يورد نصوصاً يطبق فيها الأحكام المتقدمة على عقد البيع بالذات، فحذفت اكتفاء بالقواعد العامة، وسيرد ذكرها فيما يلي (٢).

ويخلص من النصوص التي قدمناها أن فسخ البيع لعدم دفع الثمن إما أن يكون فسخاً قضائياً، وإما أن يكون فسخاً اتفاقياً

(١) أنظر أيضاً في هذا المعنى المادتين ١٥٨ - ١٥٩ من التقنين المدني السوري، والمادتين ١٥٩ - ١٦٠ من التقنين المدني الليبي، والمادتين ١٧٧ - ١٧٨ من التقنين المدني العراقي، والمادة ٤٦ من تقنين الموجبات والعقود اللبناني. (٢) أنظر ما يلى فقرة ٤٠٧ و فقرة ٤١١.

(١) الفسخ القضائي

٤٠٧ - مسائل مهمات : إذا أخل المشتري بالتزامه من دفع الثمن كاملاً في ميعاده ، جاز للبائع كما قدمنا أن يطلب فسخ البيع ، ونسرى القواعد العامة في هذا الفسخ ، ويسى بالفسخ القضائي لأنه متروك لتقدير القاضي ، لا لاتفاق المتبايعين كما هو الأمر في الفسخ الاتفاقي .

وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص في الفسخ القضائي كما سبق القول ، فكانت المادة ٦١٠ من هذا المشروع تجرى على الوجه الآتي : (١) في بيع العقار ، يتعين الحكم بالفسخ فوراً ، إذا طلب البائع ذلك وكان مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن . (٢) فإذا لم يكن مهدداً بذلك ، جاز للقاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . (٣) فإذا انتضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر (١) . وقد حذفت هذه المادة في لجنة المراجعة لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) .

فستعرض إذن في إنجاز القواعد العامة في الفسخ القضائي (٣) مطبقين ياءاً على عقد البيع بالذات ، فتبحث مسائل ثلاثاً : (١) متى يجوز الفسخ (٢) وكيف يكون الفسخ . (٣) والآثار التي تترتب على الفسخ .

(١) وكان هذا النص يتقابل في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٣/٤١٤ - ٤١٥ ، وهي تنص على أنه « يجوز للمحكمة أن تعطي لأسباب قوية ميعاداً للمشتري لدفع الثمن مع وضع المبيع تحت أخراج عند الاقتضاء . ولا يجوز أن يعطى إلا ميعاداً واحداً » . ويتقابل في التقنين المدني المراتي المادة ٢٢٤ ، وهي تنص على ما يأتي : « ١ - إذا لم يدفع المشتري عند استحقاقه ، أو أخل بالإلتزامات الأخرى التي نشأت عن عقد البيع ، فالبائع بالخيار إما أن يلزم المشتري بالتسليم ، وإما أن يطلب فسخ البيع . ٢ - ويتعين الحكم بالفسخ فوراً إذا طلب البائع ذلك وكان مهدداً أن يضيع عليه المبيع والثمن . فإذا لم يكن مهدداً بذلك ، جاز للمحكمة أن تنظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري الفوائد القانونية إذا لم يتفق على فوائد أخرى . فإذا انتضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن ، وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر » .

(١) انظر الأعمال التفسيرية : ص ١٤٣ في الخامس ومن ١٤٩ في الخامس .

(٢) انظر في الفوائد العامة في الفسخ القضائي التوسيط جزء أول فقرة ٤٦٨ - فقرة ٤٧٩ .

٤٠٨ - متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالثمن : إذا كان الثمن

مستحق الأداء ، وتختلف المشتري عن الوفاء به ، وجب على البائع إعداره .
 فإذا لم يدفع المشتري الثمن بعد الإعدار ، جاز للبائع أن يرفع دعوى على المشتري
 يطلب فيها فسخ البيع مع التعويض إن كان له مقتضى (١) . وبكفي جواز طلب
 الفسخ أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن كله أو بعضه (٢) ، أو أن يتخلف عن

(١) ولحكمة الموضوع أن تستخلص من المستندات المقدمة لها من أن المشتري قد نفذ
 للالتزامات التي ترتبت عليه بمقتضى عقد البيع ، وسلطتها في ذلك تامة لا رقابة عليها لحكمة التقص
 (نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ٨١ ص ١٥٢) . كما أن لها أن تستخلص
 أنه لم ينفذ هذه الالتزامات فتقضى بالفسخ ، سواء كانت هذه الالتزامات من دفع الثمن
 أو التزامات أخرى أخذها المشتري على نفسه في عقد البيع . فن قضية المشتري ضمن أرضاً
 من مصلحة الأملاك ، واتهد باقاة معامل صناعية عليها في مدى ثلاث سنوات دون أن يقيم
 هذه المعامل ، ثم نشبت الحرب فادعى أن الحرب تمنع من الوفاء بالتزامه ، واستخلصت
 محكمة الموضوع من هذه الوقائع بأن نيته في عدم إقامة البناء قد تبينت من قبل نشوب الحرب بمدة
 طويلة (نقض مدني ٣١ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر رقم ٢٦٢ ص ٧١٢) . فإذا ارتفع
 السبب الذي أسس عليه البائع طلب الفسخ ، وجب بحث طلب الفسخ على أساس آخر هو تفسير
 لمشتري فيما التزم به . وقد قضت محكمة التقص بأنه إذا أسس البائع دعواه بطلب فسخ عقد البيع
 على أن المشتري ، بعد أن التزم بمداد ما هو مطالب للحكومة التي تلتى عنها البائع ملكية المبيع
 من أقطار الثمن ، لم يقيم بدفع شيء ، وأن الحكومة تزعت ملكية أطيانه هو ووفاء لمطلوبها وبيعت
 وربما مزادها على المشتري ، فعكست المحكمة بالفسخ على أساس إجراءات البيع الجبري دون أن
 تميز التفاتاً إلى ما جاء بمحاضر جلسة البيع من أن مطلوب الحكومة قرر أنها تنازلت عن دعوى
 الفسخ لحصول اتفاق جديد بينها وبين البائع وأنها رخصت للرأى عليه المزداد المتخلف بقبض
 ما كان دفعه من الثمن وأن هذا التنازل أثبت وألزمت الحكومة بالمصاريف ، فإنها تكون مخطئة ،
 لأن الفسخ تأسيساً على إجراءات البيع الجبري غير جائز ما دام هذا السبب قد ارتفع ، وكان
 الواجب بحث طلب الفسخ على أساس التفسير المدعى به على المشتري فيما التزم به في العقد
 (نقض مدني ٢١ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ٢ رقم ١١٤ ص ٢٣٠) .

(٢) وإذا اشترط البائع حلول الأقساط الباقية إذا تأخر المشتري في دفع قسط ، فإن ذلك
 لا يمنعه عند تأخر المشتري في الدفع من طلب فسخ البيع (استئناف مختلط ٢٠ أبريل سنة ١٩٤٣
 م ٥٥ ص ١٣٥) ، وإذا اختار البائع المطالبة بالأقساط المتأخرة فذلك لا يمنعه إذا تسر
 المشتري في عدم الدفع من طلب الفسخ (نفس الحكم السابق) . وإذا اشترط البائع على المشتري
 ألا يبيع العين المشتراة ولا يردنها إلا بعد وفاء الثمن كاملاً ، فهذا شرط نسخ لا شرط واقف ،
 ويكون للمشتري أن يبيع أو يرهن ، ولكن تصرفه يكون مطلقاً على شرط قاسم هو دفع الثمن
 كاملاً . فإذا لم يدفع ، جاز للبائع أن يفسخ البيع الأصل فيفسخ تبعاً لذلك تصرف المشتري
 بالبيع أو بالرهن (استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٢١) .

دفع الفوائد وحدها كما إذا كان الثمن لم يحل أجله ولكن حلت الفوائد ولم يدفعها المشتري . ففسخ المشتري عن دفع أى جزء من الثمن حال الأداء ، أو تخلفه عن دفع الفوائد المستحقة على الثمن ، يكتفى لجواز أن يرفع البائع دعوى بطلب فيها فسخ البيع . ويستوى أن يكون الثمن الذى تخلف المشتري عن دفعه كله أو بعضه رأس مال أو إيراداً دائماً أو إيراداً مرتباً مدى الحياة . فتنى تخلف المشتري عن دفع : من أقساط الدخل الدائم ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ولا يشترط تأخر المشتري عن دفع قسطين فى سنتين متوالين ، فان هذا الشرط ليس ضرورياً لفسخ البيع ، وإنما هو ضرورى لاستبدال رأس المال بالدخل الدائم (م ٥٤٧ مدنى) . كذلك متى تخلف المشتري عن دفع قسط من أقساط الإيراد المرتب مدى الحياة ، جاز للبائع رفع دعوى الفسخ ، ويطلب فسخ البيع ، وأن يرد ما سبق له قبضه من أقساط الإيراد مع فوائدها الاتفاقية أو القانونية من وقت القبض ، وأن يسترد المبيع وثمراته من وقت البيع . وتنص المادة ٧٤٦ مدنى على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « إذا لم يقيم المدين (بالإيراد) بالتزامه ، كان مستحق أن يطلب تنفيذ العقد ، فان كان العقد بعوض جاز له أن يطلب مسخه مع التعويض إن كان له محل » (٢) . بل يكتفى أن يتخلف المشتري عن رد

(١) جهور ٢ فقرة ٥٧٢ - أوبرى ورو ، فقرة ٣٥٦ ص ١٠٤ - بودرى وسينيا فقرة ٥٣٨ - عكس ذلك بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٥٨٧ - كولان وكايتان ٢ فقرة ٥٩٤ - جوسران ٢ فقرة ١١٤١ .

(٢) أما فى التقنين المدنى الفرنسى فيوجد نص خاص (م ١٩٧١) يمنع من فسخ العقد بسبب التأخر عن دفع قسط الإيراد المرتب مدى الحياة (بودرى وسينيا فقرة ٢٢٩ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٤ ص ١٨٦ - جوسران ٦ فقرة ١١٤٢) . أنظر أيضاً المادة ١٨٠ فقرة ثالثة / ٥٨٨ من التقنين المدنى السابق وكانت تجرى على الوجه الآتى : « ويجوز لمصاحب الإيراد فى حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعادتها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبالغ من أثمانها كاف لأداء المديونات المتفق عليها » . فكان النص يمنع الفسخ ، ولا يجوز إلا التنفيذ على الرهن المذكور . ولكن التقنين المدنى الجديد - المادة ٧٤٦ السابقة الذكر - عدلت هذا النص ، ورجعت فيه إلى مقتضى الفوائد المتأخرة . ولعلجة بتأخير البيع ، فإن كان قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرى التقنين السابق ، وإلا فالقانون الجديد .

مصرفات البيع - إذا كان البائع قد دفعها ليرجع بها على المشتري - إن البائع حتى يستطيع هذا أن يرفع دعوى الفسخ ، لأن مصرفات البيع ملحقة بالثمن ، وهي على كل حال التزام في ذمة المشتري في عقد بيع ملزم للجانبين ، فتخلف المشتري عن القيام بهذا الالتزام جاز للبائع طلب فسخ العقد (١) .

ويجوز طلب الفسخ في كل بيع ، وبسوى في ذلك بيع العقار وبيع المنقول . وإذا كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التى أسلفنا ذكرها تقتصر على ذكر بيع العقار فذلك لا يمنع من أن حكمها يصح أيضاً في بيع المنقول . إلا أنه يغلب في بيع المنقول أحد أمرين : إما أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه إذا لم يدفع المشتري الثمن في الحالة التى تعرض لها المادة ٤٦١ مدنى (٢) ومبأى بيانها ، وإما أن يمنع الفسخ حتى لو لم يدفع المشتري الثمن لتغير حالة المبيع عما كان عليه وقت البيع كما إذا كان هزلاً ففسخ أو خشباً فصنع أثاثاً أو بئراً فوضع فى الأرض (٣) . ولكن يجوز في هاتين الحالتين أن يباع منقول ويكون البيع غير مؤجل لا في دفع الثمن لا في تسليم المبيع ، ويتخلف المشتري عن دفع الثمن فيستطيع البائع في هذه الحالة ولو كان قد سلم المبيع أن يطلب فسخ البيع فسخاً قضائياً ، ويكون للقاضى حق التقدير فيما إذا كان يقضى بفسخ البيع أو يعطى للمشتري مهلة لدفع الثمن (٤) .

(١) بودرى وسينيا فقرة ٥٣٧ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦٢ - وإذا كان البيع ينتج ثمرات وتسله المشتري ، وأردع الثمن خزانة الحكمة دون الفوائد وهى مستحقة لى هذه الحالة بمجرد تسليم المبيع ، لم يكن عرض الثمن دون الفوائد صحيحاً ، وأجاز للبائع طلب الفسخ (نقض مدنى ١٢ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) . (٢) وهى حالة ما إذا اتفق المتبايعان على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع . (٣) ولا يعتبر تغيراً لحالة المبيع يمنع منه الفسخ أن يصبح المنقول عقاراً بالتخصيص ، إذا كان المنقول لا يزال محتفظاً بذاتية المادية ، كاشبة ألحقّت بأرض زراعية ، وكالآلات الزراعية والسواقي ونحوها تخصّص لخدمة الأرض ، وكالمرايا والتمائيل توضع فى منزل (بودرى وسينيا فقرة ٥٣٥) .

(٤) وقد كان المشروع التمهيدى يشتمل على نص يورد حكماً غير هذا الحكم ، فكانت المادة ٦١٣ من المشروع تنص على ما يأتى : ١ - إذا كان البيع غير مؤجل ، جاز للبائع ، إذا لم يستوف الثمن ، أن يسترد ما باعه من منقول مادام المبيع فى حيازة المشتري ، على أن يكون الاسترداد فى مدة ستة عشر يوماً من وقت تسليم المبيع ، وعلى أن يبقى المنقول محتفظاً به (م ٤٢ - كرويهط ، ٤) .

وبسبب ذلك في الفسخ القضائي أن يكون البيع بيعاً مدنياً أو بيعاً تجارياً .
غير أنه في البيع التجاري يدخل التفتين التجاري تعديلات على حق البائع في
الفسخ القضائي في حالة إفلاس المشتري ، فيمتنع هذا الحق إذا سلمت البضائع
المبيعة للمفلس ، ويصبح البائع دائماً بالتمن وهو أسرة الغرماء فيه (١) .

وبسبب آخر في الفسخ القضائي أن يكون البيع بالممارسة أو أن يكون بيعاً
قضائياً بالمزاد العلني جبرياً فان أو اختيارياً (٢) . وإذا كان قانون المرافعات قد
نظم إجراءات خاصة ، في حالة البيع القضائي بالمزاد ، لإعادة البيع على من رسا

== لحاك التي تم عليها التسليم . ٢ - هل أنه لا يجوز أن يضر الاسترداد بامتياز المزجر ، إلا
إذا أثبت أن المزجر كان يعلم أن المنقولات وغيرها ما هو موجود بالعين المزجرة لم يدفع ثمنها .
٣ - ولا يجوز الإخلال فيما تقدم بالفرائين والعادات التجارية المتعلقة بالاسترداد . فكان
هذا النص يحمل بيع المنقول غير المزل - أي الذي لم يفتح فيه حل ميماد لدفع الثمن وتسليم
البيع - مفسوخاً من تلقاء نفسه دون اتفاق في العقد من ذلك ، إذا لم يستوف الثمن ولهذا أن
يسترد المبيع من تحت يد المشتري إذا كان قد سلمه له ، وذلك في مدة خمسة عشر يوماً من وقت
التسليم ، بشرط أن يكون البيع لا يزال في حياة المشتري ولا يزال حافظاً لحاك التي كان
عليها وث التسليم ، ودون إخلال بامتياز المزجر وبالقوانين والعادات التجارية (أنظر في
هذا المعنى المادة ٢١٠٢ رابعاً من التفتين المدني الفرنسي والمادة ١٦٩ من تفتين الموجبات
والمقود البناني) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ عدلت هذه المادة ، لأنها تتناول تفصيلات يحسن
أن تترك لقواعد العامة (بمجموعة الأعمال التصديرية) ص ١٥٠ - ص ١٥٢ في الهاشر) .
ويعتقد تطبيق الآراء العامة أن يكون الفسخ قضائياً ، ومن ثم يترك للقاضي سلطة التقدير
فيما إذا كان يفسخ بالفسخ أو يعطى مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ولا يعتبر البيع مفسوخاً من
تلقاء نفسه دون أن يكون هناك اتفاق على ذلك ، شأن المنقول في ذلك شأن العقار .

(١) وقد نصت المادة ٢٨٣ تجاري على أنه : يجوز استرداد البضائع المرسله للمفلس المباعة
إليه ما دامت لم تسلم إلى مخازنه ولا مخازن الوكيل بالتمولة المأمور ببيعها على ذمته ، إذا كان
المفلس المذكور لم يفتح ثمنها كله ولو تهورت به من ورقة تجارية أو دخل في الحساب الجاري
بينه وبين البائع له . ونصت المادة ٢٨٤ تجاري على ما يأتي : ومع ذلك لا يقبل طلب
رد البضائع إذا كان المفلس باعها قبل وصولها ، وكان البيع بدون غش بناء على قائمتها الدالة
على ملكيته لها وتذكروا إرسالها أو بناء على القائمة المذكورة وتذكروا النقل بشرط أن يكون
موسوماً على كل منها (مضاء المرسلة) . ونصت المادة ٢٨٧ تجاري على أنه : إذا كانت البضائع
المباعة للمفلس لم تسلم إليه ولم ترسل له ولا لإنتسان آخر على ذمته ، يجوز لبائعها الامتناع
عن تسليمها . (أنظر أيضاً المواد ٢٨٤ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٢٨٩ تجاري) .

(٢) (١) ٢٨٠٠ مائة ١٩٢٠ المادة ١١ رقم ١/٩٣ ص ١٠١ .

عليه المزاو وتختلف عن دفع الثمن ، فهذا الطريق الذي يقصد به إعادة البيع لمصلحة الدائنين لا يمنع من سلك الطريق الآخر وهو المطالبة بفسخ البيع وإعادة البيع إلى صاحبه . وقد يكون لصاحبه مصلحة في ذلك ، كما إذا كان قاصراً وبيع عقاره بالمزاو فلم يصل إلى ثمن مناسب ولا يتوقع وصوله إلى ثمن مناسب إذا أعيد بيعه على من رما عليه المزاو فيفسخ البيع بدلا من إعادته ويرد البيع للقاصر ، وكما إذا كان صاحب المبيع مديناً ينفذ عليه دائرته فانصلحت حاله وأصبح قادراً على وفاء ديونه ومن ثم تكون له مصلحة في فسخ البيع واسترداد المبيع بدلا من إعادة البيع (١) .

والذي يطلب الفسخ هو البائع ، وخلفه العام كالوارث ، ودائرته باستعمالهم حق مدبهم في طلب الفسخ ، والمحال له بالثمن إذا حول البائع الثمن إلى شخص آخر (٢) ، ومن دفع الثمن للبائع وحل محله فيه عن طريق الوفاء مع الحلول . وترفع دعوى الفسخ على المشتري ، وخلفه العام كالوارث . وإذا باع المشتري الذي لم يوف الثمن المبيع إلى مشتري ثان ، وكانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل عقد البيع الصادر إلى المشتري الثاني ، فإن فسخ البيع يحتاج به على المشتري الثاني . وإذا تعدد البائع أو تعدد المشتري ، كان طلب الفسخ قابلاً للتقسام أو غير قابل له بحسب ما إذا كان المبيع قابلاً لذلك أو غير قابل (٣) .

-
- (١) بودري وسبنا فقرة ٥٤٠ — بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٦٠ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٥٢ — الأستاذان أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٤٤٤ .
 (٢) استئناف مخطط ١٥ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٢ — ولا يجوز للبائع الذي حول الثمن أن يرفع دعوى الفسخ إلا بموافقة المحاكم (نفس الحكم السابق) .
 (٣) استئناف مخطط ١٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٢٩ ص ٢٨٩ — بودري ووردي فقرة ٢٤٦ ص ١٠٤ — بودري وسبنا فقرة ٤١٢ — فقرة ٤١٤ — بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ١٦١ وفقرة ١٧١ — كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤٦ .

ولكن يلاحظ أنه في حالة ما إذا كان المبيع قابلاً لتجزئة ، وبمميزات دعوى الفسخ على البائعين المتعددين أو على الورثة المتعديدين للبائع ، فأراد بعض منهم فسخ البيع دون الآخرين ، جاز للمشتري أن يطلب التقسيم من لم يطلب الفسخ إلى من طلب حتى لا يتجزأ طلبه بالصفقة ، ولا يجوز أن يرفع المشتري دعوى الفسخ على كل المبيع (كولان وكابيتان ٢ فقرة ٩٤٦ — جوسران ٢ فقرة ١١٤٣ — ولكن قارن بلانيول وريبير ولاسيما ٢ فقرة ١٤٤٢) .

ويجب من يجوز طلب الفسخ أن يكون البائع قد قام بالتزاماته الناشئة من عقد البيع أو مستعداً للقيام بها ، فيكون قد سلم المبيع للمشتري إذا كان وقت التسليم قد حان قبل وقت دفع الثمن ، أو يكون مستعداً لتسليم المبيع بمجرد حلول وقت التسليم (١) . فإذا كان المبيع قد هلك فاستحال تسليمه ، فإن البيع فسخ بحكم القانون ، ولا حاجة في هذه الحالة إلى طلب الفسخ ، ويتحمل البائع تبعه اهلاك كما سبق القول . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن وطلب الفسخ لعدم استيفاء الباقي ، وجب أن يكون مستعداً لرد ما قبضه من الثمن إلى المشتري (٢) .

= وإذا مات المشتري من ورثة متعددين ، جاز للبائع أن يطلب الفسخ في نصيب أحدهم ، ولا يحتاج هذا بفرق الصفقة فقد تفرقت قبل ذلك بالميراث (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٤٢ - الأستاذ أنور سلطان فقرة ٤٠٢ ص ٣٥٣) .

(١) بودري وسينيا فقرة ٥٤٦ - فلا يحتاج البائع ، وهو لم يسلم المبيع في ميعاد التسليم ، بأن المشتري لم يدفع الثمن فلا داعي إلى التسليم ، فإدام هو نفسه قد تأخر في التسليم فلا يحق له طلب الفسخ حتى يسلم المبيع أولاً للمشتري ثم يطلب منه بعد ذلك دفع الثمن أو الفسخ (بودري وسينيا فقرة ٥٤٦ - بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٦١) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الواقع الذي أثبتته محكمة الموضوع أن البائع تخلف بغير عذر عن توقيع عقد البيع النهائي ، فإن نقض دعواه التي طلب فيها فسخ البيع لتأخر المشتري عن الوفاء بالثمن لا تكون فيه مخالفة للقانون (نقض مدني ٢١ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ، رقم ٥٢ ص ١٣٢) . أما إذا طلب البائع الفسخ ، وفي أثناء نظر الدعوى باع جزءاً من المبيع لأنه ينس من دفع المشتري الثمن ، لم يجوز للمشتري أن يحتج عليه بأنه خالف عقد البيع ، لأن البائع لم يلجأ إلى هذا العمل إلا بعد يأسه من قيام المشتري بدفع الثمن (نقض مدني ١٣ مارس سنة ١٩٤٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٠ ص ٦٤٠) .

(٢) ويجوز أن يشترط المشتري في عقد البيع ألا يكون للبائع حق الفسخ وليس له إلا حق التنفيذ . بل أن تنازل البائع عن حق الفسخ على هذا النحو يجب أن يكون واضحاً وأن يفسر تفسيراً صحيحاً شأن كل تنازل عن الحق . فإذا اشترط الفسخ عند عدم دفع المشتري القسط الأول من الثمن ، لم يجوز أن يدعى من هذا أنه قد نزل من حقه في الفسخ عند تأخر المشتري في دفع الأقساط الباقية . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان عقد البيع المذكوراً فيه أن البائع قد اشترط لصحة العقد أن عدم دفع القسط الأول يجعل البيع لازماً ، ودأت محكمة الموضوع أن هذا الشرط ليس بمعناه أن القسط الأول إذا دفع ولم تدفع الأقساط الباقية يكون البائع محروماً مما يجوز له أن يطلبه من المشتري عند عدم دفع المتأخر من الثمن بل إن هذا الشرط ثابت له بالنسبة للقانون وبإقناع من غير أن اشتراط في العقد بتفسيره ، فإن تفسير هذا الشرط لا يوسع الدائن عليه بأنه يحافظ لمدة الدين في قانون المشتري ، لأن التفسير يمتنع ولا يغير عليه القانون . ولكن كان يجب =

٤٠٩ - كيف يكويه فسخ المبيع : وأبنا أن الفقرة الأولى من المادة ١٥٧ مدني تقضى بوجوب أن يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن قبل أن يرفع دعوى الفسخ . وإذا لم يعذر البائع المشتري قبل رفع الدعوى ، فإن رفع الدعوى بالفسخ يعد إعداراً (١) ، ولكن الإعدار السابق على رفع الدعوى يظهر أهميته العملية في أنه يجعل القاضي أسرع استجابة إلى طلب الفسخ ، وإلى الحكم بمصروفات الدعوى على المشتري ، وإلى الحكم عليه أيضاً بتعويض غرق الحكم بالفسخ (٢) .

ولا يقع فسخ البيع من تلقاء نفسه كما قدمنا ، بل لا بد من رفع دعوى وصدر حكم بالفسخ ، وهذا هو الفرق ما بين الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي . ففي الفسخ القضائي يكون الحكم منشأً للفسخ ، ومن ثم تعتبر المطالبة بالفسخ

= هذا الطعن لو أن العقد كان مذكوراً فيه بصفة صريحة أن البائع لا يكون له حق طلب الفسخ إذا تأخر دفع ما بعد القسط الأول بل يكون له فقط حق تقاضي التأخر مضموناً بمان من امتياز هل المقار المبيع (نقض مدني ٢ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ١٥٩ ص ٧٥٠) .

(١) استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٢٢ .

(٢) ولا يكفي لترتب الأثر القانوني للإعذار أن يكون المشتري قد قال في دعوى أخرى أن البائع أنذره ، ما دام ذلك القول قد صدر في وقت لم يكن النزاع على العقد المتنازع فيه مطروحاً ، بل يجب تقديم الإنذار حتى يمكن للمحكمة أن تتبين إن كان يترتب عليه الفسخ أم لا ، وذلك بالرجوع إلى تاريخه وما تضمنه لأنه قد يكون حاصلاً قبل الميلاد المعين لغوائه أو قبل قيام البائع بتعهداته التي توقفت عليها تعهدات المشتري (نقض مدني ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٢ ص ٢٩٣) وقضت محكمة النقض بأنه وإن كان يتعين لكي تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً للشرط الخاص الضمني أن ينبه البائع على المشتري بالغائه تنبيهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد سرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه . فإذا كان المشتري قد مرض نعماً قبل ما هو ملزم به ، وحسم على ذلك ملين الفصل في المبري ، فلا يكون هناك حاجة - كما يصبح الحكم بالتأجيل - إلى ضرورة التنبيه على المشتري بوفائه الثمن المأموع (نقض مدني ٢١ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٨٦ ص ٦٢٢ - ١١ فبراير سنة ١٩٤٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٢٠ ص ١٥٨) .

وإذا أهدر البائع المشتري وحده في الإنذار مدة الدفع الثمن ، فإن هذه المدة لا تطلب الإعذار أثره القانوني (استئناف مختلط ١٢ مايو سنة ١٩٠٠ م ١١ ص ٢٦٨) . والإعذار واجب متى أو جعل البيع بوفاء على شرط دفع الثمن (استئناف مختلط ١٢ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢١٠) . ورفع الدعوى بغير إنذار كما تقدم لا يسلط التقاضي حقه في إنذار المشتري . هيئة البيع الثمن (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٧ ص ٨٤) .

القضائي من أعمال التصرف فيجب أن تتوافر أهلية التصرف في البائع حتى يقوم بهذه المطالبة . وإذا رفع الوصي دعوى بالفسخ بدون إذن المحكمة كانت الدعوى غير مقبولة . أما في الفسخ الانفاقي فإن الحكم يكون مقررأ للفسخ لا منشأ له ، ونسب المطالبة بالفسخ في هذه الحالة من أعمال الإدارة يستطيع الوصي أن يقوم بها دون إذن المحكمة .

وأبرز ما يميز الفسخ القضائي أن الحكم بفسخ البيع ليس محتماً على القاضي . وقد رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ١٥٧ مدني تقول : « ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته » . وكانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدي ، كما رأينا ، تقضي بأنه يتعين على القاضي الحكم بالفسخ إذا كان البائع مهتداً أن يضع عليه المبيع والثمن ، فإذا لم يكن مهتداً بذلك جاز القاضي أن ينظر المشتري إلى أجل تقدر مدته تبعاً للظروف ، على أن يدفع المشتري « فوائد القانونية إذا لم يتفق على فرائد أخرى ، فإذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشتري إلى أجل آخر . فالحكم بالفسخ القضائي إذن لا يكون محتماً على القاضي كما قدمنا ، بل يكون هناك تمايز بين الفسخ والتنفيذ ، وهذا الحيار يكون لكل من الدائن والمدين والقاضي .

فللدائن بعد رفع دعوى الفسخ أن يعدل قبل الحكم عن هذا الطلب إلى طلب التنفيذ (١) ، كما أن له إذا رفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ (٢) . ولكن لا يجوز له الجمع بين التنفيذ والفسخ في طلب واحد

(١) استئناف مخطط ١٨ مايو سنة ١٩٢٧ م ٤٦ ص ٢٢٦ .

(٢) استئناف مخطط ١٣ ديسمبر سنة ١٩٤٤ م ٤٧ ص ٢٦ . ولكن إذا قضى بالتنفيذ ابتداءً ، لم يجوز للبائع في الاستئناف المدول عن التنفيذ إلى طلب الفسخ (استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٤) ، ولكن له طلب الفسخ احتياطياً مع استبقائه طلب التنفيذ طلباً أصلياً في الاستئناف (استئناف مخطط ١٨ فبراير سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٩٦) . كذلك إذا رفعت دعوى الفسخ ، وقبل المشتري الفسخ وأعلن تبركه للبائع ، لم يعد يجوز للبائع أن يعدل عن طلب الفسخ إلى طلب التنفيذ (استئناف مخطط ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٤٢) . والذي له الحق في قبول الفسخ هو المشتري ، وليس المشتري من المشتري فهذا يبق . مسير سراج . ملحقاً على نسخ أكبر الأول أو ثمانية (استئناف مخطط ٤ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٤ ص ١٢٧) .

وإذا كان قد نزل عن أحد الطرفين فلا يستطيع الرجوع إليه ، ولكن مجرد رفع الدعوى بطلب من لا يعتبر كما رأينا نزولاً منه عن الطلب الآخر .

وللمدين در أخصاً ، قبل الحكم النهائي بالفسخ (١) ، أن يدفع الثمن بمنع الحكم بالفسخ . وإن ائتمن القاضي في هذه الحالة أن يحكم عليه بالتعريض إذا كان له مقتضى ، وبخاصة إذا كان البائع قد أعذره قبل رفع الدعوى (٢) .

والقاضي أخيراً سلطة تقديرية في إجابة البائع إلى طلب الفسخ كما سبق القول . فقد يقضى بالفسخ إذا كانت الظروف تبرر ذلك ، وبوجه خاص إذا رأى البائع مهدداً أن يسحب عليه المبيع والثمن ، كما إذا كان المبيع داراً تسلمها المشتري وأخذ في هدمها ، أو كان المبيع منقولاً وخشى أن يبيعه المشتري لمشتري ثان حسن النية فيمتلكه بالحيازة . وقد يرى القاضي ألا مبرر لفسخ البيع ، لاسباب إذا كان المشتري قد دفع الثمن ولم يبق إلى القابل ، أو كان المشتري في ظروف مبدئية منعه من دفع الثمن . لكن يتوقع تحسن هذه الظروف سريعاً فينبى بالتزامه (٣) . ففي مثل هذه الحالات يرفض القاضي طلب الفسخ ، ويمنح المشتري مهلة لدفع الثمن أو الباقي منه (٤) . وهذه المهلة يقدر القاضي مدتها بحسب الظروف ، وهي

(١) ولو أمام المحكمة الاستئنافية قبل صدور الحكم النهائي (استئناف وطني ٦ نوفمبر سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢٢ ص ٣٠٠ - ٣٠١ بتاريخ سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٤٢ ص ٦٩) ، وأوبعد رفع المدعى استئنافاً المحكمة نظر فيه لأن قبول الاستئناف يبعد إلى الخصوم حقوقهم التي كانت لهم قبل صدور الحكم الاستئنافي (استئناف وطني ٢٤ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٤٩ ص ١٠٢) . والمشتري الحق في تنفيذ العقد ما دام الفسخ لم يصدر به حكم ، فإذا كان المشتري يفتقر إلى استعداده لذلك بالبليلة الابتدائية ومرض القسط المستحق من الثمن علم البائع مرضاً حقيقياً فلا يكون ثمة عرج برفضه فسخ العقد (استئناف مصر ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٤٤ رقم ١٦٥)

(٢) ويبرز للدائي المدعي والمن كد ب من المشتري حقاً عينياً بل للبيع أن يستعملوا حق المشتري في دفع الثمن ليتفرقا لفسخ البيع (بودري وصينيا فقرة ٥٥٠) .

(٣) وقد تقرر بحكمة مصر الكلية بأنه ينبغي في حالة الفسخ القضائي التفرقة بين ما إذا كان إبطال أحد الطرفين بالتزامات التعاقبية مرده إلى الامتناع من الوفاء بالتزام أصل أو الامتناع من الوفاء بالتزام ثان ، ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقبية لا يؤدى إلى فسخ العقد (مصر الكلية ٢٦ يناير سنة ١٩٠٤ التمامة ٢٥ رقم ٣٨ ص ١٥٢) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن إبطال المشتري الثاني في البيع يكون مهادداً بوفاء بديلاً من الحكم بالفسخ إعمالاً لمادة ١٢٠٠ (مائون) في القانون التي أضافت إليها المادة ١٢٠١

تظنه المصلحة : (délai de grâce) المنصوص عليها في المادة ٢/٣٤٦ مدني على الوجه الآتي : « على أنه يجوز للتاضي في حالات استثنائية ، إذا لم يمنعه نص في القانون ، أن ينظر المدين إلى أجل معتدل أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم . وقد كانت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى التي حذفت اكتفاء بالقواعد العامة تنص على أمرين : (١) أن المشتري يدفع ، في المهلة التي أنظر إليها ، الفوائد القانونية إذا كان لم يتفق على فوائد أخرى . وبعد حذف هذا النص يمكن القول بأن الفوائد الاتفاقية تسرى ، أما إذا لم يكن متفقاً على فوائد فيتعذر القول بأن الفوائد القانونية تسرى إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، فإذا طلب البائع في صحيفة دعوى الفسخ هذه الفوائد كطلب احتياطي في حالة رفض الفسخ كان له الحق فيها . (٢) إذا أمهل المشتري مدة ولم يدفع الثمن أثناء المهلة ، لم يجز إمهاله مدة أخرى بل يتعين الحكم بفسخ البيع . وبعد حذف النص لا يبقى أمامنا إلا تطبيق المادة ١٥٧/٢ مدني فيما يتعلق بدعوى الفسخ وهذه تتمضي بجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً إذا اقتضته الظروف ذلك ، وتطبيق المادة ٢/٣٤٦ مدني وهذه تقضي بجواز أن يمنح القاضي المشتري أجلاً معقولاً أو آجالاً ينفذ فيها التزامه بدفع الثمن . ومن ثم وجب القول إنه إذا أعطى القاضي أجلاً للمشتري في دعوى الفسخ ، وجب على

= الموضوع الخيار في الأخذ بأحد وجهي الحكم في القانون حسبما يراه هو في ظروف كل دعوى غير معقب عليه . فلا يقبل التمسك على الحكم بقصور أسبابه عن بيان الاعتبارات التي اعتمد عليها في منح المهلة للوفاء بمتأخر الثمن (نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣٤ ص ٥٢٤ - وانظر أيضاً ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٤ ص ٢٧٣) . وفي بيع سيارة تأخرت البائعة عن نقل رخصة السيارة إلى المشتري ، فلم تقض المحكمة بالفسخ لأن نقل الرخصة ليس بالتزام جوهرى (نقض مدني ١٠ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٣٢ ص ٩١٠) . وفي قضية أجلت المحكمة النظر في القضية بقرار واعتبرت أن هذه مهلة للمشتري ، ولما لم يدفع حتى انقضى ميعاد التأجيل قضت بالفسخ ، فأقرت محكمة النقض هذا الحكم (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٧ رقم ٥٤ ص ٥١٠) . وانظر أيضاً في أن الحكم بالفسخ غير واجب وأن عمل محكمة الموضوع أن تبين الاعتبارات التي دعمتها للقضاء بالفسخ مع أن المشتري عرض الثمن قبل الحكم : نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٦٠ ص ١٠٢٤ - ٤ أبريل سنة ١٩٥٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ٣٤ ص ٣٥٣) .

المشتري دفع الثمن في غضون هذا الأجل ، وليس للقاضي أن يمنح المشتري أجلاً آخر ويعتبر البيع مفسوخاً بعد انقضاء الأجل الممنوح دون أن يبي المشتري بالثمن . وهذا بخلاف الأجل الذي يمنحه القاضي في دعوى التنفيذ ، فإنه يجوز أن يتكرر طبقاً للمادة ٢/٣٤٦ مدني ، كما يبرز إعطاء أجل آخر في دعوى الفسخ إذا كان الأجل الأول أعطى في دعوى التنفيذ (١) .

وليس لدعوى الفسخ مدة خاصة تتقدم بها ، فتتقدم إذن بخمس عشرة سنة من وقت ثبوت الحق في الفسخ ويكون ذلك عادة عند الإعذار (٢) .

وتسقط دعوى الفسخ أيضاً بالنزول عنها صراحة أو ضمناً كما إذا وافق البائع على تصرف المشتري في المبيع ، وبتغير ذانية المبيع كما إذا كان غزلاً فنسخ (٣) .

ودعوى الفسخ دعوى مختلطة إذا كان المبيع لا يزال في يد المشتري ، فإن كان عقاراً أمكن رفع الدعوى أمام محكمة العذر . وهي دعوى شخصية شصة إذا أخرج المبيع من يد المشتري ، فيجب رفع الدعوى في هذه الحالة أمام محكمة موطن المشتري (٤) .

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٥ ص ٧٠٧ وهاش رقم ٣ .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٧٦ - استئناف وطني ١٧ يونيو سنة ١٨٩٠ المحرق ٥ ص ٢٠٠ .

(٣) وتسقط كذلك بنزع ملكية العقار المبيع للنفقة العامة (م ٢٩ من قانون نزع الملكية ، وينتقل حق البائع من العقار إلى التمريض المدفوع لنزع الملكية) ، وينزع ملكية العقار بواسطة دائني المشتري إذا لم بدون البائع ما يفيد رفع دعوى النسخ في قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل (م ٦٥٠ مرافعات) ، وبتسليم البضاعة إلى غازن المشتري المفلس (م ٣٨٣ تجاري) ، وبعدم قيام البائع لامتيازته حتى يوم معلوم الحكم بإفلاس المشتري (م ٢٣١ تجاري) إذ سقوط حق الامتياز يستتبع سقوط حق النسخ (الأستاذان أحمد نجيب الهلالي وحامد زكي فقرة ٤٥١ - فقرة ٤٦٤ - الأستاذ أنور ماطان فقرة ٢٠٩) .

(٤) بودري وسينيا فقرة ٥٦٣ . ولكن دعوى البائع على المشتري بدفع الثمن هي دعوى شخصية محضة (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٨٠) . وإذا حل المشتري من المشتري محل المشتري في التزاماته نحو البائع ، جاز للبائع رفع دعوى النسخ على المشتري من المشتري في ذلك دون حاجة إلى إدخال المشتري الأم في نفي الدعوى (استئناف مختلط) .

سنة ١٨٩١ م ٤ ص ١١٠ .

٤١٠ - **الآثار التي تترتب على فسخ البيع** : يترتب على فسخ البيع على النحو الذي قدمناه ما يترتب على فسخ أى عقد آخر ، وتقرر المادة ١٦٠ مدنى القاعدة العامة فى هذا الصدد فتقول : « إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض » . وهذا نص عام يبين ما يترتب على الفسخ من أثر ، سواء كان فسخاً قضائياً أو فسخاً اتفاقياً أو انقراضاً بحكم القانون .

والحكم بفسخ البيع يجعله ينحل بأثر رجعى ، لا من وقت النطق بالحكم فحسب ، بل من وقت نشوء العقد . وإذا كان هذا مفهوماً فى الفسخ الانقضى والفسخ القانونى حيث يقتصر الحكم على تقرير أن العقد مفسوخ دون أن ينشئ الفسخ ، فإنه أيضاً مفهوم فى الفسخ القضائى ولو أن الحكم منشئ لا مقرر ، فلا يوجد ما يمنع من أن يكون الحكم منشئاً للفسخ ويكون له مع ذلك أثر رجعى ، فالحكم بالشفعة هو حكم منشئ وينقل ملكية العقار المشفوع فيه من وقت البيع لا من وقت النطق بالحكم (١) . وينحل البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين وبالنسبة إلى الغير .

ويترتب على انحلال البيع بأثر رجعى فيما بين المتبايعين أن البيع يعتبر كأن لم يكن ، وبعد كل مئىء إلى ما كان عليه قبل البيع . فإذا كان المشتري قد نال المبيع ، رده هو وثمراته (٢) . وإذا كان البائع قد قبض جزءاً من الثمن أو أقساطاً من الإيراد المرتب مدى الحياة ، رد ما قبضه مع فوائده القانونية من يوم القبض ويجوز للبائع أن يحبس ما قبضه حتى يسرد المبيع وثمراته (٣) ، كما يجوز للمشتري

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٧٧ : .

(٢) فلا يكون له حق فى الثمار . قد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان المشتري حق حبس الثمن المحكوم بفسخ البيع فيها وذلك حتى يوفى الثمن السابق له دفعه تأسيساً على أن التزامه برد العين يقابله التزام البائع برد ما دفعه إليه من الثمن ، لكن ذلك لا يترتب عليه الحق فى تملك المشتري ثمار المبيع بعد أن أصبحت من حق مالك العين بحكم الفسخ ، ولا محل للاحتجاج بقاعدة تملك الثمار الحارة فإن المشتري يعلم أن العين ليست له وإنما هو حابس لها (نقض مدنى ٤ يناير سنة ١٩٥١ بمجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٣ ص ٢٢٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٢٣ .

أن يحبس المبيع وأثمراته حتى يسترد الجزء الذي دفعه من الثمن (١) ، وذلك كله طبقاً للقواعد المقررة في حق الحبس (٢) . وإذا نفي المشتري أو غرس في العين المبيعة ، اعتبر بائناً أو غارساً بسوء نية ، لأن النسخ ترتب بسبب آت من جهته ، وطبقت القواعد العامة المقررة في البناء أو الغراس في أرض الغير (٣) . وكذلك الحال في المصروفات الضرورية والنافعة والكالية ، تطبق فيها القواعد المقررة في هذا الشأن مع اعتبار المشتري سبب النية . وإذا هلك المبيع في يد المشتري قبل أن يردده ، فإن كان الهلاك بخطأه حكم عليه بالتعويض ، وإن كان الهلاك بسبب أجنبي فالبائع إذا لم يكن قد صدر حكم بفسخ البيع أن يعدل عن طلب النسخ إلى طلب التنفيذ فتكون نية هلاك المبيع على المشتري . أما إذا كان قد صدر حكم نهائي بفسخ البيع ثم هلك المبيع بسبب أجنبي في يد المشتري ، لم يكن المشتري مسئولاً عن هلاك المبيع إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة ، كما إذا كان المبيع قد

(١) استئناف مخطوط ، مايو سنة ١٩١٦ م ١٨ ص ٢٩٦ .

(٢) ولم يكن في التنفيذ المدني السابق نص عام في الحبس ، ولكن القضاء كان يعطى المشتري حق حبس العين المبيعة حتى يسترد ما وفاه من الثمن إذا لم يكن قد ارتكب خطأ . وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه لم يرد في القانون نص عن جوار حبس العين المبيعة تحت يد المشتري إذا فسخ البيع إلى أن يرد البائع ما دفعه له من الثمن ، وإنما جاء النص بالمادة ٢٧٩ من القانون المدني عن حق البائع في حبس المبيع تحت يده لحين استيلانه فوراً على المستحق من الثمن . عل أنه إذا جاز الاتيان على هذا النص وعلى نصوص أخرى في القانون من اعتبار أي دائن ذا حق في حبس العين الناتجة عنها الدين تحت يده لحين الحصول على دينه ، ومن ثم جاز هذا الحق لمشتري الذي فسخ البيع العاد إلى حيث يستوفى ما دفعه ، إلا أنه يشترط في هذه الحالة وجوب توفر ركبتين أساسيتين : الأولى أن يكون الدائن حائزاً فعلاً الشيء الذي يطلب حبه وأن تكون هناك علاقة سببية بين الدين والشيء المراد حبه ، أي أن يكون منشأ الدين وسببه العين التي لمدين تحت يده الدائن . والثاني أن يكون سبب تلك الحيازة أساسياً (سبباً نية) وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً عن أن الشراء قد حصل بغش وتدليس فلا تكون حيازة المشتري لعين المبيعة حينئذ بعلامة نية . وعليه فإذا كان فسخ البيع ناتجاً من أن الشراء قد حصل بغش وتدليس فلا تكون حيازة المشتري لعين المبيعة حينئذ بعلامة نية وانتهى حق الحبس (استئناف وطني ٧ ديسمبر سنة ١٩١٦ - المحاكم ٢٢ ص ١٣٢) . انظر أيضاً الاستئناف وطني ١٠ مارس سنة ١٩١٩ - الجمهورية الفرنسية ١٧ رنم ٦٤ ص ١١٠ .

(٣) استئناف مخطوط ، ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٠ ص ٧٠ - بوردو ورونيان ١٩٢٩ ، ٤٩ ص ٤٠٠ - بلايوا ورونيان ١٩٢٩ ، ١٠ ص ١١٠ .

تلف فيرده المشتري في الصورة التي آت إليها (١) . وإذا استبقى المشتري المبيع في يده بعد الحكم بالفسخ ولم يقبل رده فأصبح سيء النية ، ثم هلك المبيع بسبب أجنبي ، وجب على المشتري أن يرد للبائع قيمة المبيع وقت الهلاك ، إلا أن يثبت أن المبيع كان يهلك حتى لو كان قد رده إلى البائع وقت الفسخ (م ٩٨٤ من (٢) . وللبيع إذا أجيب إلى فسخ البيع أن يطالب المشتري - فوق رد المبيع - بتعويض عما أصابه من الضرر بسبب تحكف المشتري عن القيام بالتزامه ، وكان تكون صفقة قد قانت عليه بسبب البيع الذي فسخ ، ويبقى التعويض هنا على أساس المسئولية التقصيرية لأن البيع بعد أن فسخ لا يصلح أن يكون أساساً للتعويض (٣) .

وبترتب على انحلال البيع بأثر رجعي بالنسبة إلى الغير أنه إذا كان قد ترتب للغير حق على المبيع من جهة المشتري ، فإن هذا الحق يزول هو أيضاً بأثر رجعي تبعاً لزوال حق المشتري . ولكن يجب هنا التمييز بين المنقول والعقار . ففي المنقول عترض هذا الحكم عادة عقبة ترجع إلى القاعدة التي تقضى بأن الحيازة في المنقول سند الملكية . فإذا كان المبيع منقولاً ، وباعه المشتري إلى مشتري ثان ، سلمه إياه ، ثم فسخ البائع البيع ، لم يستطع أن يسترد المبيع من تحت يد المشتري الثاني إذا كان حسن النية ، لأن هذا يكون قد ملكه بالحيازة ، فيرجع البائع على المشتري بالتعويض . أما إذا كان المشتري الثاني لم يتسلم المبيع أو كان سيء النية يعرف سبب الفسخ ، فإنه لا يملك المبيع بالحيازة ، بل يردده إلى البائع ويرجع على المشتري بالضمان . وإذا كان المبيع أثاث منزل وضعه المشتري في عقار استأجره فثبت عليه امتياز المؤجر ، لم يستطع البائع استرداده بعد فسخ البيع إلا مثقلاً بهذا الامتياز . أما إذا كان المبيع عقاراً ، فإن فسخ البيع لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير على هذا العقار إلا إذا سجلت صحيفة دعوى الفسخ قبل تسجيل التصرف الذي أكسب الغير هذه الحقوق (انظر المادتين ١٥ و ١٧ من قانون

(١) الوسيط جزء أول فقرة ٧٨ : ص ٧١٠ .

(٢) الوسيط جزء أول ص ٧١٠ هامش رقم ٣ .

(٣) نفق مدني ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٨ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٨ ص ٤٤٢ .

الشهر العقاري) : فإذا باع المشتري العقار لشخص ثان ، وسجل هذا المشتري الثاني البيع الصادر له قبل تسجيل البائع صحيفة دعوى الفسخ ، فإن المحكم بفسخ البيع لا يكون له أثر في حق المشتري الثاني إذا كان حسن النية . وإذا كانت صحيفة دعوى الفسخ قد سجلت قبل تسجيل البيع الثاني ، كان لفسخ البيع الأول أثر في حق المشتري الثاني ولو كان حسن النية ، واستطاع البائع أن يسترد العقار من تحت يده . كذلك إذا رتب المشتري على العقار رهناً ، وكان الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن ، فإن الرهن في هذه الحالة لا يتأثر بفسخ البيع . وقد ورد في هذه المسألة الأخيرة نص خاص ، إذ قضت المادة ١٠٣٤ مدني بأنه « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » . ويمكن اعتبار هذا النص تطبيقاً للمادة ١٧ من قانون الشهر العقاري ، فيفرض فرضاً غير قابل للإثبات العكس أن الدائن المرتهن سيء النية إذا كان قد قيد رهنه بعد تسجيل صحيفة هذه الدعوى ، وذلك للتوفيق ما بين النصين (١) .

ب- الفسخ الاتفاق

١١٩- اتفاق المتبايعين على الفسخ : رأينا أن المادة ١٥٨ مدني تقضي بأنه « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد منسوخاً عن تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وهذا الاتفاق لا يعني من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » . وكان الشروع

(١) أنظر التوجيهات جزء أول فقرة ٤٧٩ من ٧١٣ - ويعتبر الإيجار الصادر من المشتري لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات من أعمال الإدارة ، فيبقى قائماً بالرهن من فسخ البيع (مسر م ٤٤٩ ، وم ١/٧٠١) . وفيما يتعلق بالإيجار لكلا الطرفين من أعمال الإدارة رغم تحقق الشروط الواضحة - وانظر بالأمور - ويصدر ومعدل ١٠ فقرة ١٧٠ - وقانون الأستاذ أحمد توفيق الدلول في عام ١٩٧٧ : ١٠٧) .

التنبيه ر . إن المدين الجديد يشتمل على نص يطبق هذه القاعدة العامة في خصوص "بيع" ، وكانت المادة ٦١١ من هذا المشروع تنص على أنه " في بيع اعتار ، إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد مادام لم يعذر ، إلا إذا نص العقد على أن الفسخ يقع دون إعدار ، وفي كل حال لا يجوز للقاضي أن يمنع المشتري أي أجل " (١) . وحذفت هذه المادة في لجنة المراجعة ، لأنها مستفادة من القواعد العامة (٢) .

١٢ - التدرج في الانقضاء على الفسخ : ويتدرج في العمل الشرط الذي يرد في عقد البيع قاضياً بفسخه إذا يوف المشتري بالثمن (lex commissoria, pacte comissoire) . فأدنى مراتب هذا الشرط هو أن يشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً إذا لم يوف المشتري بالثمن . وقد يصل الشرط إلى مرتبة أقوى ، فيشترط البائع على المشتري أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم . ثم قد يصل الشرط إلى أعلى مرتبة من الذوة ، فيشترط البائع أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، أو أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار . فنستعرض هذه المراتب المتفاوتة

(١) وكان هذا النص يقابل في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٤/١١٦ ، وهي تنص على أنه " إذا اشترط فسخ البيع عند عدم دفع الثمن ، فليس للمحكمة في هذه الحالة أن تعطى ميعاداً للمشتري ، بل يفسخ البيع إذا لم يدفع المشتري الثمن بعد التنبيه عليه بذلك تنبيهاً رسمياً ، إلا إذا اشترط في العقد أن البيع يكون مفسوخاً بدون احتياج إلى التنبيه الرسمي " . وبقابل في التقنين المدني العراقي المادة ٥٨٢ ، وهي تنص على أنه " إذا اشترط البائع أن يفسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم قيام المشتري بدفع الثمن في الميعاد المحدد ، كان للمشتري مع ذلك أن يدفع الثمن بعد انقضاء الميعاد ما لم يعذر ، إلا إذا نص في العقد أن الفسخ يقع دون إعداره . وفي كل حال لا يجوز للمحكمة أن تمنح المشتري أي أجل " . ويقابل في تقنين الموجبات والالتزامات المادة ٦٨ ، وهي تنص على أنه " إذا اشترط فسخ البيع لعدم دفع الثمن ، فالعقد يفسخ حتماً بمجرد عدم الدفع في الأجل المضروب " .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ، ص ١٤٧ - ص ١٤٩ في الماثل .

في خصوص عقد البيع (١) ، كما استعرضنا في المقدم بوجه عام في الجزء الأول من الوسيط (٢) .

١٣٤ - الاتفاق على أنه يكون البيع مفصلاً : يجب أن يكون المتبايعان قد أرادا بهذا الشرط أن يرددا في الفاظ صريحة القاعدة التي سبق أن بسطناها فيما يتعلق بالفسخ القضائي . ومن ثم لا يفي هذا الشرط عن إظهار البائع للمشتري ، ولا من الالتجاء إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ البيع ، ويكون هذا الحكم منشأ لا كاشفاً ، ولا يسبب القاضي سلطته التقديرية فيجوز بالرغم من وجود هذا الشرط أن يمنح المشتري أجلاً لدفع الثمن ويرفض طلب الفسخ (٣) . بل إن هذا الشرط لا يمنع المشتري من توقي الحكم بالفسخ . بأن يدفع الثمن قبل أن يصدر الحكم النهائي بالفسخ . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا تعهد المشتري بأداء باقي الثمن في ميعاد عينه ، فإن لم يؤده في هذا الميعاد كان للبائع الحق في فسخ البيع ولو كان قد سجل ، فهذا ليس إلا ترديداً لقاعدة الفسخ القضائي (٤) .

(١) وترد هذه الشروط في بيع المنقول كما ترد في بيع العقار ، ومن ثم يكون الحكم الوارد في المادة ٩١١ من المرسوم التمهيدي التي حذفت في لجنة المراجعة ، وكانت مقصورة على بيع العقار ، ينطبق أيضاً على بيع المنقول ، وقد خص بيع العقار بالذكر في هذا النص لأنه هو الذي يرد بشأنه في الغالب هذه الاتفاقات المتدرجة ، أما بيع المنقول فيتميز بحكم خاص به ورد في المادة ٤٦١ مدني وسأتي بيانه . فإذا خرجت عن نطاق هذه الحالة التي عرّضتها المادة (٤٦١) مدني في بيع المنقول ، كان حكم بيع المنقول هو حكم بيع العقار في شأن هذه الاتفاقات وتدرجها (بودري وسينيا فقرة ٥٥٤) .

(٢) الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٢ - فقرة ٤١٥ .

(٣) استئناف مختلط ١٥ يونيو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣٧٢ .

(٤) نقض مدني ١٧ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر : رقم ٢٥ ص ٥٨ - وقضت أيضاً بأن النص في المقدم على أنه في حالة تأخير مداد الفسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حتماً مكتسباً للبائع المذكور ، ذلك ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ النصي المقرر بحكم القانون في العقود المتدرجة لتجانسها (نقض مدني ٢٣ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩١ ص ٢٧٢) . وقضت كذلك بأنه لا يكون الشرط الفاسخ تنظيماً لفسخ ، إلا إذا كانت صيغته صريحة دالة على إيجاب الفسخ ، كما عند مخالفة نص حامية إن تعذر أو إن لم . أما الشرط النصي الفاسخ *par son missoire tacite* فلا يلزم النص به بل هو تخميني .

على أنه عند بسخ من الظروف أن المتبايعين أرادا بهذا الشرط أن يحتمل فسخ البيع ، فيبقى وجوب الإعذار ووجوب الانتجاع إلى القضاء ، ولكن لا بملك "اضى في هذه الحالة إعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن ، ويتعين عليه الحكم بفسخ البيع وحكمه . ن منشأ لا كاشفاً .

٤١٤ - الإثبات على أنه يكون البيع مفصفاً من تلقاء نفسه

أر مفصفاً من تلقاء نفسه دونه حاجة إلى حكم : الشرط على هذا النحو لا يعنى من الإعذار . فإذا لم يعذر البائع المشتري أن يدفع الثمن ، ورفع دعوى الفسخ ، جاز للمشتري أن يتوفى الفسخ بدفع الثمن في بداية الدعوى دون إبطاء . فإذا أبطأ في ذلك ، اعتبر رفع الدعوى بمثابة إعذار ، وفسر الشرط في الغالب على أنه سلب القاضي سلطته التقديرية فلا يستطيع إعطاء أجل للمشتري لدفع الثمن ، يتعين عليه الحكم بفسخ البيع (٢) . ولا تعارض بين الإعذار الواجب وطلب الفسخ ، فإن إعذار البائع المشتري أن يدفع الثمن لا يكون نزولاً منه عن المطالبة بفسخ البيع ، بل هو شرط واجب لرفع الدعوى بالفسخ . وقد قضت محكمة

تقديره . فللقاضي ألا يحكم بالفسخ وأن يمكن الملتزم من الوفاء بما تعهد به حتى بعد رفع الدعوى عليه بطلب الفسخ . فإذا نص في عقد البيع على أنه إذا ظهر على العين المبيعة دعوى مسجلة خلاف ما ذكر بالعقد ، فإن البائع يلتزم بتحويل قدره كذا كما يجوز للمشتري أن يفسخ التعاقد بمجرد إنذار البائع ، فهذا الشرط ليس إلا ترديداً لما قررته فقه القانون من أن عدم قيام أحد طرفي العقد المتقابل الالتزام بما التزم به يسمح للطرف الآخر بطلب نسخ العقد ، فهو شرط ضمنى فاصح للقاضي أن يدره إذا استبان له من ظروف الدعوى وخصوماتها أنه لا مبرر له . ومنى أثبت القاضي ثم حكمه الاعتبارات المقبولة التي استند إليها في ذلك ، فلا تقرب عليه (نقض على ٢ أبريل سنة ١٩٣٦ - مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ من ١٩٨٦) . أنظر أيضاً : نفس على ٨ ديسمبر سنة ١٩٣٢ - مجموعة عمر ١ رقم ٨١ من ١٩٢٢ - ٢ مايو سنة ١٩٤٦ - مجموعة عمر ٤ رقم ٦٨ من ١٩٤٤ - أول مايو سنة ١٩٤٢ - مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٤٦ من ٩٨٨ - ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٤ - مجموعة أحكام النقض ٦ رقم ٢٠٦ من ١٥١٠ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٦ - مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٩ من ٩٧٤ - استئناف مصر ١٤ فبراير سنة ١٩٢٨ - المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/١٢٦ من ٢٩٧ .

(١) المذكورة الإلية خاصة بالشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التمهيدية ٤ من ١٥٤ -

النقض بأنه إذا اشترط فسخ البيع من تلقاء نفسه عند عدم دفع الثمن ، كان على للقاضي إيقاع الفسخ على المشتري إذا لم يدفع الثمن بعد إعداره ، ما لم يعف البائع بمقتضى العقد من هذا الإعذار ، ومفهوم هذا بلا شبهة أن البائع يجب عليه إذا اختار الفسخ أن يعذر المشتري بالإنذار أى تكيفه بالوفاء فإذا لم يدفع كان البائع فى حل من أعمال خياره فى الفسخ . وإذن فباطل زعم المشتري أن الإنذار المرجح إليه من البائع بوفاء التزاماته فى مدى أسبوع وإلا عد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه يجب اعتباره تنازلاً من البائع عن خيار الفسخ ، فإن هذا الإنذار واجب قانوناً لاستعمال الشرط الفاسخ الصريح (١) .

فالثابت إذن أن هذا الشرط لا يعنى من الإعدار (٢) . وهو أيضاً لا يعنى من رفع الدعوى بالفسخ إذا نازع المشتري فى أعمال الشرط . ولا يمنع وجود هذا الشرط البائع من مطالبة المشتري بتنفيذ البيع ودفع الثمن بدلاً من المطالبة بفسخ البيع ، فإن فسخ البيع لا يقع من تلقاء نفسه إلا إذا أراد البائع ذلك ، ويبقى هذا بالخيار بين الفسخ والتنفيذ .

ولكن إذا اقتصر البائع على اشتراط أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه ، فإن الحكم بالفسخ يكون منشأً لا كاشفاً . أما إذا أضاف إلى هذا الشرط أن يكون الفسخ دون حاجة إلى حكم ، أو اشترط أن يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم ، فإن الحكم بالفسخ يكون كاشفاً لا منشأً .

(١) نقض مدنى ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٤٨ بمجموعة عمر ٥ رقم ٢٥٦ ص ٦٨٨ - بل إن هذا الإعدار لا يقدح أن يكون تسجيلاً لتأخير المشتري فى دفع الثمن وإظهاراً لاختيار البائع فسخ البيع دون التنفيذ إذ هو بالخيار بين الأمرين ، ومن ثم ليس من الضروري أن يحدد البائع فى هذا الإعدار أجلاً لوفاء بالثمن ، ولكن من جهة أخرى يستطيع المشتري بمجرد وصول الإنذار إليه أن يبادر إلى دفع الثمن فيمنع الفسخ (بودرى وسبينا فقرة ٥٥٢) . وفى العمل يحدد البائع للمشتري عادة أجلاً قصيراً لدفع الثمن ، ويذكر أنه إذا انقضى الأجل دون أن يدفع المشتري الثمن فقد أصبح البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه (بودرى وسبينا فقرة ٥٥٢ ص ٤٨٤ - بلايول وديبير وعامل ١٠ فقرة ١٦٤ ص ١٨٨ - من ١٨٩) .

(٢) استئناف غرناطة ٧٧ يناير سنة ١٩٢١ م ٤٢ ص ١٨٩ .

(٣ م - ٤٢ - المورد ١٠٤)

ولا يوجد فرق عمل بين الحالتين ، فم سواء كان الحكم منشأً للفسخ أو كاشفاً عنه ، فقد قدمنا أن الفسخ يكون له أثر رجعي ويعتبر البيع كأن لم يكن .

٤١٥ - الرضا هل أنه يكره البيع مفسوماً من تلقاء نفسه

ر . حاجة الى حكم أنه اهزاء ، أو مفسوماً من تلقاء نفسه دوره حاجة

الى اهزاء : والشرط على هذا النحو قد وصل إلى أعلى مراتب القوة (١) .
فاذا لم يف المشتري بالثمن في الميعاد ، اعتبر العقد مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار (٢) . فاذا نازع المشتري في إعمال الشرط ، لم يجد البائع بداً من رفع دعوى بالفسخ ، ولكن لا يملك المشتري في هذه الحالة أن يتفادى الحكم بالفسخ بدفع الثمن (٣) ، ولا يملك القاضي أن يمنع المشتري أجلاً لدفع الثمن ، ويكون الحكم الصادر بفسخ البيع كاشفاً عن الفسخ لا منشأً له (٤) .

(١) وليس من الضروري أن يوضع الشرط بصيغة معينة ، بل إن أية صيغة تدل على المعنى تكفى . من ذلك ما قضت به محكمة النقض من أن القانون لم يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح ، وعلى ذلك فإذا أثبت الحكم أن طرفي عقد البيع قد اتفقا في العقد على أن يردع العقد لدى أمين حتى يوفى المشتري الثمن في الميعاد المتفق عليه ، ونصاً على أنه عند إخلال المشتري بشروط العقد يصرح الطرفان للردع لديه بإعدام هذا العقد ، ثم قرر الحكم أن المستفاد من ذلك أن أية المتعاقدين اتجهت عند تحرير هذا العقد إلى الشرط الفاسخ الصريح ، أي اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بشروطه ، فإنه لا يكون قد فسخ مدلول نص العقد ، لأن عبارته تحتمل ما استخلصه الحكم منها (نقض مدني ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨) .

(٢) استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٦٣ - ٣ أبريل سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٢٣٤ - ٢ مايو سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ٤٢٠ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ٨٦ - أول مارس سنة ١٩٣٨ م ٤٠ ص ١٤٠ - بل ويجوز طرد المشتري من العين المبيعة أو نزاعها عنها بحكم من قاضي الأمور المستعجلة (استئناف وطني ١٤ يونيو سنة ١٩٠٦ الحقوق ٢١ ص ٣٠٩ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٣ الحاماة ١ رقم ١/٢٧٠ ص ٣٢٩ - استئناف مختلط ٧ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٥١ ص ٣٧) .

(٣) استئناف مصر ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٥ المجموعة الرسمية ٤٧ رقم ٤٠ - ١٢ يناير سنة ١٩٤٦ الحاماة ٢٠ رقم ١٥١ ص ١٦٣ .

(٤) المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التفسيرية ٤ ص ١٥٤ - بل يكفي أن يدفع للبائع في دعوى من نوعه بتفويض البيع . وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان =

ولكن يجب أن يكون الاتفاق على الإعفاء من شرط الإعذار صريحاً كما يقضى نفس المادة ١٥٨ ملئى المتقدم الذكر ، فلا يجوز أن يستخلص ضمناً من عبارات العقد . ونكون للمحكمة الرقابة الثانية للتحقق من انطباق شرط الفسخ ووجوب أعماله (١) .

وبلاحظ هنا أيضاً أن هذا الشرط لا يمنع البائع من المطالبة بتنفيذ البيع دون فسخه (٢) ، وإلا كان تحت رحمة المشتري إذا شاء هذا جعل البيع مفسوخاً بامتناعه عن دفع الثمن . ويترتب على ذلك أن البيع لا يبر مفسوخاً إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، إما برفع دعوى الفسخ ، وإما بمجرد إخطار المشتري

= الطرفان قد اتفقا في عقد البيع على أن يقع الفسخ في حالة تأخر المشتري عن دفع باقي الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمي أو غير رسمي ، فإن العقد يفسخ بمجرد التأخير ، ولا يلزم إذن أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقر أن الفسخ حصل بالفعل بناء على دفع البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . ومن وقع الفسخ بمقتضى شرط العقد ، فإن إبداء الثمن ليس من شأنه أن يعيد العقد بعد انقضاءه (نقض مدني ١٣ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة صر ٤ رقم ٦٠ ص ١٥٧) .

(١) وقد استعملت محكمة الاستئناف المختلطة حق الرقابة هذا في قضية اشترط فيها الدائن أنه إذا امتنع المصرف من صرف شيك المحول إليه كان العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون إذار . فامتنع المصرف من صرف الشيك لبعض إجراءات شكلية ، وقد ثبت أن مقابل الرقعة موجود في المصرف وأن المدين مرضى على الدائن أن يدفع له قيمة الشيك أو أن يعطيه شيكاً آخر ، فرفض الدائن وأبى إلا اعتبار العقد مفسوخاً . وقد قضت المحكمة بأن الدائن متمنت ، وأن العقد لم يفسخ بل لا يزال قائماً (استئناف مختلط ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٢٠ م ٣٣ ص ٩٤) . وفي قضية ثانية اتفق الطرفان على مد الأجل بطريقة من شأنها أن تجعل الالتزام يتجدد ، فقضت المحكمة بأن هذا التجديد يبطل أثر شرط الفسخ الذي كان موجوداً في العقد الأول ، ولا يجوز للدائن أن يتصلك به بعد أن تم التجديد (استئناف مختلط ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ٥١ ص ١١) . وفي قضية ثالثة قضت المحكمة بأنه إذا اشترط سقوط الأجل دون حاجة إلى حكم أو إذار عند تأخر المدين في دفع قسط ، وتقبل الدائن مع ذلك قبض أقساط تأخر فيها المدين عن الميعاد ، ثم تمسك فجأة بحقه في الفسخ عند ما تأخر المدين عن ميعاد دفع قسط ، فإن تساهله السابق بحمل على أنه غير متمسك بالشرط ، ولا يجوز له اعتبار العقد مفسوخاً (استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢١١) . أنظر الوسيط جزء أول ص ١٩ هامش ١ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ١٠٠ .

بأن العقد قد أصبح مفسوخاً (١) ، ولا يقبل من المشتري التمسك بفسخ البيع إذا كان البائع م متمسك بالفسخ (٢) .

٤١٦ - حكم خاص ببيع المنقول - نص قانوني : وقد ورد في هذا الصدد نص في بيع المنقول يورد حكماً خاصاً بهذا البيع دون بيع العقار . فنصت المادة ٤٦١ من التشريع المدني على أنه : في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع ، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعدار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك ، وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره (٣) .

(١) هل أنه إذا كان الوفاء بالثمن في موطن البائع ، وجب على البائع أن يذهب بنفسه أو بوكيله إلى مكان الوفاء ليتثبت من أن المشتري لم يذهب إلى هناك لدفع الثمن ، أو وجب إنذار المشتري فيعود إلى الإعدار الذي كان قد أعفى نفسه منه . فلا يبقى إذن إلا أن يشترط البائع أيضاً أن يكون الوفاء في موطنه (بودري وسينيا فقرة ٥٥٣ - بلانيول وبيير وهامل ١٠ ص ١٩٠ هاش ٣) .

(٢) وهذا ما لم يكن هناك عربون يفقده المشتري إذا انفسخ البيع لتأخره في دفع الثمن . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا نص في عقد بيع أنه إذا تأخر المشتري عن دفع مبلغ كذا يعتبر عقد البيع لاغياً بدون حاجة إلى إنذار أو حكم قضائي ويصبح المبلغ المدفوع حقاً مكتسباً للبائع لا يرد بحال من الأحوال ، كان للمشتري الاستفادة من هذا النص واعتبار البيع لاغياً مثل ما لم ينجح سواه بسواه (استئناف مصر ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٤ رقم ٢٧٠ ص ٢٢٩) ، فن هذه القضية دفع المشتري عربوناً للبائع ، فحق له الرجوع في البيع ، وأصبح العربون حقاً مكتسباً للبائع .

ونرى من ذلك أن هذا الشرط الفاسخ للاتفاق ، وهو في أعلى مراتبه من القوة ، وسط بين الفسخ القضائي والانسفاخ القانوني . فهو أعلى من الفسخ القضائي في أن الحكم بالفسخ فيه إذا قامت حالة أصدره يكون مقرر الفسخ لا منشأ بحيث لا يجوز للمشتري أن يتفادى الفسخ بدفع الثمن ، وبحيث لا يجوز للقاضي إعطاء مهلة للمشتري لدفع الثمن . وهو أدنى من الانسفاخ بحكم القانون في أن البيع لا يفسخ فيه إلا إذا أظهر البائع رغبته في ذلك ، أما في الانسفاخ القانوني فالعقد يفسخ دون نظر إلى إرادة البائع كما إذا علك المبيع في يده قبل التسليم (الوسيط جزء أول فقرة ٤٨٥ ص ٧٢٠) .

(٣) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٤٣ من المشروع التمهيني على الوجه الآتي ، في بيع العروض وغيرها من المنقولات ، إذا لم يعقد المشتري التسلم المبيع بعد انقضاء الأجل المتفق عليه ، أو تقدم ولكنه لم يعرض ذلك ، كان البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعدار ، وذلك لصالح البائع ، إلا إذا كان المشتري في المائة الأخيرة قد اتفق مع البائع =

وبخلص من هذا النص أن في بيع المنقول يبرجذ اتفاق يكون بمثابة شرط الفاسخ في أعلى مراتبه من القوة، أى بمثابة الاتفاق على أن يكون ابيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار . وهذا الاتفاق هو الذى يقع بين البائع والمشتري يحدد ميعاداً لدفع الثمن وتسلم البين . فيفرض القانون فى هذه الحالة أن بائع المنقول يريد تسليم البيع فى مقابل قبض الثمن ، وقد اتفق مع المشتري على ميعاد لذلك . ولما كانت المشتريات سريعة التداول ، ولا تتحمل ماتحملة العقارات من الإبطاء فى التعامل وطول الإجراءات ورفع دعاوى الفسخ ونحوها ، وبخاصة إذا كانت هذه المنقولات عروضاً للتجارة وبيعاً وبضائع يريد صاحبها أن يسلمها إلى مشتريها فى ميعاد محدود بقبض ثمنها ، وإلا فهو فى حل من بيعها إلى غيره واعتبار البيع الأول مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إعدار ، فقد فرض القانون أن اتفاق بائع المنقول مع مشتريه على ميعاد لدفع الثمن وتسلم البيع ينطوى على هذا الشرط الفاسخ الذى يبرجه يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إعدار إذا جاء ميعاد

= على أجل أطول للوفاء بالثمن . وفى لجنة المراجعة أقر النص بعد تحرير طفيف تحت رقم ٤٧٤ من المشروع النهائى . وأقره مجلس النواب . ولكن لجنة المراجعة عدلته ، واستعاضت عن عبارة « إذا لم يتقدم المشتري الخ » بعبارة « إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم البيع الخ » ، وقد راعت اللجنة فى ذلك أن تحتذى مثال النص الرارد فى التقنين السابق وأن تجعل الحكم أوضح ، وصارت المادة رقمها ٤٦١ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما عدلتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٤٠ - ١٥٥ - ص ١٤٧) .

ويقابل النص فى التقنين المذنى السابق المادة ٢٣٥/٤١٨ ، وهى تنص على ما يأتى : « وفى بيع البضائع الأمتعة المنقولة إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن والاستلام المبيع ، يكون البيع مفسوخاً حتماً إذا لم يدفع الثمن فى الميعاد المحدد بدون احتياج لتفنيه » . (والحكم يتفق مع حكم التقنين الجديد) .

ويقابل فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المذنى السورى م ٢٩ ، (مطابقة المادة ٦١ مصرى) .

التقنين المذنى الميسى م ٤٤٠ (مطابقة المادة ٤٦١ مصرى) .

التقنين المذنى العراقى : لا مقابل - فلا يبرى الحكم لأن النص استثنائى .

تقنين المار بيات والمؤرد الألبانى : لا مقابل - فلا يبرى الحكم لأن النص استثنائى .

تسلم المبيع ودفع الثمن ولم يتقدم المشتري لدفع الثمن (١) . وهذا الفرض قابل للإثبات العكس ، فقد يذكر في البيع ما ينقض ذلك ، كان يتفق مثلاً على ألا يفسخ البيع إلا بعد إعدار أو أنه يجوز مد الأجل لدفع الثمن أو نحو ذلك . فإذا لم يتم اتفاق صريح أو ضمني مخالف ، وحل الميعاد المحدد لتسلم المبيع وقبض الثمن ، رُمَّ بتقديم المشتري لدفع الثمن ، اعتبر البيع مفسوخاً دون حاجة إلى حكم إعدار (٢) ، وكان البائع في حل أن يعتبر المبيع لم ينتقل من ملكه ، أو له أن يتصرف فيه تصرف المالك فيبيعه مرة أخرى أو يفعل فيه ما يشاء (٣) . هل أن انقضاء البيع على هذا الوجه لا يكون إلا باختيار البائع ، فله ألا يعتبر البيع مفسوخاً ، وأن يطالب المشتري بتنفيذه بالرغم من تأخر هذا عن دفع الثمن ، وإلا لاستطاع المشتري أن يفسخ البيع إذا شاء بأن يتأخر عن دفع الثمن (٤) .

(١) أما النص المقابل في التقنين المدني الفرنسي (م ١٦٥٧) فيجعل النسخ جزاء على عدم تقدم المشتري لتسلم المبيع ، أي جزاء على التزام المشتري بتسلم المبيع لا التزامه بدفع الثمن (بودرى وسبينا فقرة ٥٩٤ - فقرة ٦٠٣) . وقد كان المشروع تشهيداً لتقنين المصري الجديد يجعل الفسخ جزاء على كل من الالتزامين : الالتزام بدفع الثمن والالتزام بتسلم المبيع (انظر آنفاً نفس الفقرة في الهامش) .

(٢) استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٢٩ م ٥١ ص ٣١٢ - ٢٦ مارس سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٤٠ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣١ . وهذا بشرط أن يكون البائع مستعداً لتسلم المبيع ، فإذا كان التسليم في موطن المشتري مثلاً ، وجب لإعمال المادة ٤٩١ مدني أن ينتقل البائع المبيع إلى موطن المشتري حتى يظهر استعداده لتسليمه (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٢٩٩ ص ٣٤٩ - الأستاذ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٠٩ - الأستاذ منصور مصطفى منصور ص ٢٣١) . وإذا ثبت أن البائع هو الذي تأخر في تسليم المبيع ، فالمشتري طلب فسخ البيع ، ولكن بعد إعدار وحكم بالفسخ يكون للقاضي فيه سلطة تقديرية وفقاً للقواعد العامة (استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٢/١٧ ص ٦٥ - استئناف مختلط ٢٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ٢٠٥) .

(٣) وللبائع فوق ذلك أن يطالب المشتري بتحويل : بنى صويف ٢٨ مايو سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ٢/٤٢٢ ص ٤١٨ - أسبوط ١٤ فبراير سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٤٢٠ ص ٦٦٩ - الاسكندرية ٥ مايو سنة ١٩٣٠ الهامة ٣١ رقم ٩٠ ص ٢٣٦ .

(٤) المذكرة الإيضاحية لمشروع التشريع في مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٥٥ - وإذا اختار البائع الفسخ أو التنفيذ ، وأقر المشتري على ما اختاره ، لم يعد يستطاع الرجوع فيما اختار (استئناف مختلط ١٦ أبريل سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ١٧٧) .

ويلاحظ أن الحكم المترجم الذكر لا يسرى إلا في هذه الصورة الخاصة من بيع المنقول للاعتبارات التي تقدم ذكرها . فلا بد أن يكون المبيع منقولاً سلعة أو بضاعة أو أسهماً أو صناديق أو نحو ذلك (١) . وأن يكرن المتبايعان قد اتفقا على ميعاد لتسليم المبيع ودفع الثمن . فلا يسرى هذا الحكم في بيع عقار . كذلك لا يسرى في بيع المنقول إذا كان البيع غير مؤجل ، كما إذا كان المتبايعان لم يتفقا على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع فصار الثمن واجب الدفع في الحال والمبيع واجب التسليم فوراً (٢) . ولا يسرى في بيع المنقول إذا حدد ميعاد لدفع الثمن غير الميعاد الذي حدد لتسليم المبيع ، أو حدد ميعاد لدفع الثمن دون أن يحدد ميعاد لتسليم المبيع فيكون التسليم واجباً في الحال ودفع الثمن واجباً في الميعاد المحدد . أما إذا حدد ميعاد لتسليم المبيع دون أن يحدد ميعاد لدفع الثمن ، فقد رأينا (٣) أن الثمن يكون واجب الدفع في ميعاد تسليم المبيع فيسرى الحكم الوارد في المادة ٤٦١ مدني (٤) .

وفي جميع الصور التي لا يسرى فيها هذا الحكم ، وهي الصور التي قدمنا بيانها ، تسرى القواعد العامة التي سبق أن قررناها . فلا يكون نسخ البيع فيها لعدم الوفاء بالثمن إلا فسخاً قضائياً بمسببات هذا الفسخ التي سبق ذكرها ، أو فسخاً اتفاقياً إذا وجد شرط فاسخ صريح بالتدرج الذي بسطناه فيما تقدم .

(١) ولكن لا يجوز أن يكون منقولاً معنوياً لمجموع من المال أو متجراً (الأستاذ أنور سلطان بقرة ٢٩٩ ص ٢٤٨ - ص ٢٤٩) .

(٢) استئناف وطلب ٢٩ مايو سنة ١٩٢١ المادة ٢ وتم ١٧ ص ٤٢ - استئناف بمحظ ١٤ يناير سنة ١٩١٢ م ٤٤ ص ٤٣ .

(٣) انظر آنفاً بقرة ٣٩٦ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض في هذه الشقنين المدني السابق بأن المادة ٣٣١ مدني (١٩١) مدني (بمديد) . بناءً على استثناء من القاعدة العامة القاضية بعدم إمكان نسخ العقود إلا بعد التنبية الرسمي ، لا يصح تلبيتها إلا في حدود نصها ، أي في حالة تجديد أجل ليدفع المشتري الثمن ويتسلم المبيع . أما إذا كان الأجل محدوداً ليعمل البائع على المبيع وتسلمه المشتري ، ففي هذه الصورة لا يفتى البائع من واجبه التنبية رسمياً على المشتري بالتسليم والوفاء (نقض مدني ١٢ يناير سنة ١٩٤٤ بقرة عمر ٤ وتم ٩١ ص ٢٤٧) .

٤١٧ - الالتزام الذي تترتب على الفسخ الاتفاقى - اهالة : وترتب على الفسخ الاتفاقى نفس الآثار التي تترتب على الفسخ القضائى ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

فإذا فسخ البيع بحكم الاتفاق ، فى أية صورة من الصور التى تقدم ذكرها ، سواء كان الفسخ بحكم منشىء أو بحكم كاشف أو بغير حكم أصلا ، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، وإذا استحال ذلك جاز الحكم بتعويض (م ١٦٠ مدنى) . وينحل البيع بأثر رجعى ، سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة إلى الغير ، وذلك على التفصيل الذى تقدم بيانه .

المبحث الثانى

تحمل مصروفات البيع

٤١٨ - النصصر على القانونية : تنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى على ما يأتى :

« نفقات عقد البيع ورسوم « الدفعة » والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » (٢) .
ورقابل هذا النص فى التقنين المدنى السابق المادة ٢٤٣/٣٠٩ (٣) .

(١) انظر آنفاً فقرة ٤١٠ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦١٤ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق لما استقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة ، وأصبح رقمه ٤٧٦ فى المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٢ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ - ص ١٥٨ - ص ١٥٩) .

(٣) التقنين المدنى السابق م ٢٤٢/٣٠٩ : رسوم عقد البيع ومصاريفه على المشتري .
وانظر أيضاً م ٢٨٤/٣٢٦ .
(ولا أحكام - دفعة فى التقنينين الجديد والسابق) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية : في التقنين المدني السوري المادة ٣٠ ، -
وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤١ - وفي التقنين المدني العراقي المواد ٥٨٣ - ٥٨٥
وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤١٣ (١).

ومصروفات البيع يقوم المشتري عادة بها ، فلا يرجع على البائع بشيء منها
لأنه هو الذي يتحملها كما يقول النص ، وذلك ما لم يوجد اتفاق يخالف يجعل
البائع يتحمل بعض هذه المصروفات أو كلها ، أو ما لم يوجد عرف يخالف
كما هي الحال في السمسرة فقد جرى العرف أن يشترك فيها البائع والمشتري
مناصفة (٢).

وقد يقوم البائع في بعض الأحيان بمصروفات البيع أو بعضها ، فما لم يوجد

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٣٠ (مطابقة لمادة ٤١٢
مصري - وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الرزقناقرة ٢٥٢ - فقرة ٢٤٢).
التقنين المدني الليبي م ٤١ (مطابقة لمادة ٤١٢ مصري).

التقنين المدني العراقي م ٥٨٣ : نفقات عقد البيع ورصوم التسجيل وغيرها من الرسوم
وأجرة كتابة السندات والصكوك وغيرها من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على
المشتري ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقتضي بغير ذلك .
م ٥٨٤ : الأشياء المبيعة جزافاً مؤونتها ومصروفاتها على المشتري ، فلو بيعت ثمرة كرم
جزافاً ، كانت أجرة قطع تلك الثمرة وجزءها على المشتري ، ما لم يوجد اتفاق يقتضي بغير ذلك .
م ٥٨٥ : ما يباع معمولاً تكون أجرة ذلك وإيصاله إل بيت المشتري بآلية على سب
الاتفاق والعرف .

(رأى أحكام التقنين العراقي تتفق مع أحكام التشريع المصري - وانظر في القانون المدني العراقي
الأستاذ حسن القانون فقرة ٢٢٨ - فقرة ٢٢٠ - الأستاذ عباسي حسن المراف فقرة ٧٤ -
فقرة ٧٧).

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤١١ : إن مصاريف أخذ البيع واستلامه (كالهجوم
والقفل والحصن) وما أشبهه أداءه المشتري وبقطع والتسجيل ونفقة المذكرات التي ينفقها كاتب العدل
والدعاوى ما يلزم لهلك البائعين ، كل ذلك يدفعه المشتري ، ما لم يكن نص أو عرف يخالف .
وتشمل في المصاريف الاستلام رسوم الرد (الترافيق) والالتزامات التي تولد في أثناء
أخذ البيع ومعه وسواه .

(أحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري).

(٢) المذكرة التي تأسست بموجب التشريع في جمهورية العراق المذكورة في الم ٤١٨ .

اتفاق أو عرف مخالف يكون له الرجوع بما أنفقه على المشتري لأنه هو الذى يتحمل مصروفات البيع (١) كما سبق القول . فليستعرض إذن حالة ما يقوم المشتري بالمصروفات ، ثم حالة ما يقوم البائع بها أو ببعضها ويرجع على المشتري بما أنفقه (٢).

٤١٩ - المشتري قاص بمصروفات البيع : وتشتمل هذه المصروفات

عادة على نفقات كتابة عقد البيع ، سواء كتب فى ورقة عرقية حيث يتحمل المشتري رسوم « الدمغة » إن كانت هناك رسوم ، أو فى ورقة رسمية حيث يتحمل المشتري رسوم الورقة الرسمية . ويدخل فى المصروفات أيضاً أنعاب المحامى الذى قام بأعداد عقد البيع وتسجيله . وتدخل أيضاً مصروفات الكشف عن العقار المبيع فى جهات الشهر للتثبت مما عليه من الحقوق للغير . وتدخل المصروفات اللازمة لإعداد عقد البيع للتسجيل وما يقتضيه ذلك من نفقات ورسوم التصديق على التوقيعات ويدخل فى ذلك توقيع البائع نفسه (٣). وتدخل رسوم التسجيل ذاتها وهى عادة رسوم مرتفعة ، وقد كانت ٣٠٪ من الثمن ثم

(١) وهذا من الناحية القانونية . أما من الناحية الإقتصادية فالواقع من الأمر أن البائع هو الذى يتحمل مصروفات البيع فى النهاية ، إذ أن المشتري يدخل هذه المصروفات فى اعتباره عند تقديره ثمن المبيع ، ويدخل فى الثمن هذه المصروفات . وقد كان المشتري يزيد الثمن بمقدار هذه المصروفات لو لم يكن هو الذى يتحملها قانوناً ، فيكون البائع هو الذى فاته هذه الزيادة ، وهو إذن يتحمل المصروفات على هذا الوجه (بلانيول وريبير وهامل ١٠ فقرة ١٩) .

(٢) أما علاقة كل من البائع والمشتري بالغير فيما يتعلق بمصروفات العقد فتحدها الرابطة القانونية بينهما وبينه ، فأنعاب المحامى لا يرجع بها على كل من البائع والمشتري إذا وكلاء معاً وفقاً للمادة ٧١٢ من القانون التى تجعل الموكنين المتعدين مسئولين بالتضامن نحو الوكيل (الأستاذ أنور سلطان فقرة ٣١١) وإذا رجع المحامى على البائع بكل أنعابه رجع البائع بها كلها على المشتري ، أما إذا رجع المحامى على المشتري لم يرجع هذا بشئ على البائع (الأستاذ محمد على إمام نسخة ٢٥٠ ص ٤٢٥) .

(٣) أنظر فى حساب مصروفات التصديق على التوقيعات ضمن مصروفات البيع الأستاذين أحمد مجيب الحلالى وحامد زكى فقرة ٤٢٩ ص ٤٢٨ وهامش رقم ٤ ، وفى أن مصروفات إثبات البائع للملكية للمبيع كمصروفات إعلام الورثة تكون عليه لا على المشتري المصدر السابق ص ٤٢٩ هامش رقم ٢ . وإذا كان البائع فى مكان بعيد وتكلفت نفقات فى الحضور للتوقيع والتصديق على توقيعه ، فإن هذه النفقات يتحملها هو ، لأنه ملتزم بالقيام بالإجراءات اللازمة للتسجيل وتفضي التزامه العامة بأنه نفقات تنفيذ الالتزام على الملتزم .

ارتفعت إلى ٥ ٪. ثم ارتفعت أخيراً إلى ٧ ٪ (١). وإذا ثقل العقار المبيع امتياز
البائع لتأخير دفع الثمن كله أو بعضه ، فإن مصروفات قيد هذا الامتياز وكذلك
مصروفات شطب القيد بعد دفع الثمن تدخل في مصروفات البيع التي يتحملها
المشتري . لكن إذا كان على المبيع رهن أو حق عيني آخر ترتب من جهة البائع ،
فإن مصروفات شطب التبريد هذه الحقوق العينية تكون على البائع لا على
المشتري إلا إذا وجد اتفاق خلاف ذلك . أما السمسرة فقد قدمنا أن العرف
قد جرى على أن تكون مناصفة فيما بين البائع والمشتري ، وقد جرى العرف
أيضاً على أن يأخذ السمسار ١/٢ ٪ من الثمن من كل من البائع والمشتري
إلا إذا كان هناك اتفاق على غير ذلك ، فكل من المتبايعين يدفع نصيبه من
السمسرة مباشرة إلى السمسار (٢) .

كل ما قدمناه وغيره من مصروفات البيع يتحملة المشتري ، وهو الذي
يقوم به عادة كما سبق القول ، فلا يرجع بشيء منه على البائع ، إلا إذا وجد
اتفاق أو عرف مخالف (٣) .

(١) وإذا علم المشتري أن العقار الذي باعه إياه الوارث لا يزال مكلفاً باسم المورث ،
فعل المشتري دفع رسم الأيلولة لنقل الكيف من المورث إلى الوارث ، لأن علم المشتري بعدم
دفع الوارث لرسم الأيلولة وعدم اشتراطه شيئاً في خصومه ذلك يفيد رضاه الضمني بتحملها
(استئناف مخطط ٩ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨٠ ص ٢٢٥ - ٢ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١
ص ١١٨) . ولكن الأصل هو أن رسم الأيلولة يتحملة الورثة البائعون لا المشتري ، فإذا دفعه
المشتري مضطراً رجع به على الوارث (استئناف مخطط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٤ -
١٨ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٥٠) .

(٢) استئناف مخطط ٢٧ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٧ - ١٠ يونيو ١٩٣٠ م ٤٢
ص ٥٤٧ .

(٣) وإذا وجد اتفاق يحمل البائع مصروفات البيع ، قيل في هذه الحالة إن المشتري قد اشترى
وعقده من يده (contrat en main) ، أي أنه يحصل على حقه دون أن يدفع شيئاً غير الثمن
(بودري وسينيا فقرة ١٩١) .

وإذا أحس المشتري على نفسه دفع الضريبة المتأخرة على البيع ، وجب عليه دفعها ولو صار
قانون زاد الضريبة عما كانت عليه من قبل (استئناف مخطط ٢٨ مايو سنة ١٨٩٦ م ٨
ص ٣٠٨) . وإذا تعهد المشتري بدفع الضريبة المتأخرة وديون البائع لحكومة ، ثم نزلت
الحكومة للبائع عن هذه الضريبة والديون ، وجب على المشتري دفعها للبائع لأنها تعتبر جزءاً من
الثمن (استئناف مخطط ٢٩ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٠٢) .

أما مصروفات تطهير العقار إذا لجأ المشتري إلى تطهيره فتكون على البائع لأعلى المشتري (١)، لأن الرهن الذي يطهره المشتري آت من جهة البائع، وهذا ما لم يوجد اتفاق مخالف. وكذلك يتحمل البائع أية مصروفات للبيع يكون هو الذي تسبب فيها بخطأه، أما إذا أعطى المشتري بيانات خاطئة عن المبيع كان من شأنها أن زادت مصروفات البيع دون مبرر، وكما إذا فسخ بخطأه البائع فقد تجعل مصروفات البيع على عاتق البائع على سبيل التعويض (٢).

٢٠ — البائع فاسم بمصروفات البيع أو يبيعها : وقد يقع كما تقدمنا أن يقوم البائع بمصروفات البيع أو يبيعها. مثل ذلك أن يقوم بكتابة عقد البيع فيدفع «الدمغة» ونحوها أو رسوم الورقة الرسمية. ومثل ذلك أيضاً أن يدفع أتعاب المحامي أو كل السمسرة أو مصروفات قيد امتباره على العقار المبيع أو نحو ذلك. فن هذه الحالات يرجع البائع على المشتري بما دفعه من هذه المصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف.

وللبائع، في رجوعه على المشتري بما دفعه من مصروفات البيع، كل الضمانات التي له في الرجوع عليه بالثمن. فيستطيع أن يحبس المبيع، وأن يطلب فسخ البيع، إذا لم يسترد هذه المصروفات من المشتري. وله حق امتياز على المبيع يكفل له استرداد هذه المصروفات. والظاهر أيضاً أنه يرجع على المشتري بالفوائد القانونية لما دفعه من مصروفات البيع من وقت دفعها، على أساس أنه وكيل عن المشتري في دفع هذه المصروفات، والوكيل يرجع على الموكل بما أنفقه مع الفوائد من وقت الانفاق (م ٧١٠ مدني) (١).

(١) جوار ١ - فقرة ١٩٧ - أوبري دود - فقرة ٢٥٤ - غامش ٢ - بودري وسينيا
فقرة ١٩٠ - بلايول وريبير وعامل ١٠ - فقرة ٢٢ - كولان وكايتان ٢ - فقرة ٩٢٩
ن ٩٢٤.

(١) بودري وسينيا فقرة ١٩٢ - بلايول وريبير وعامل ١٠ - فقرة ٢٢.
(٢) بلايول - وريبير وعامل ١٠ - فقرة ١٩ - ولو انتهى البائع فعلياً في دفع مصروفات
البيع، فإن له أيضاً أن يرفع في الفوائد القانونية عنها من يوم انقضاء المدة ١٩٠ مدني.

المبحث الثالث

تسليم المبيع

٤٢١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٦٣ من القانون المدني على ما يأتي :

« إذا لم يبين الاتفاق أو العرف مكاناً أو زماناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه وقت البيع وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن » .

وتنص المادة ٤٦٤ على ما يأتي :

« نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك » (١).

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٦٣ : ورد هذا النص في المادة ٦١٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
١ - يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ، ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسليم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلم المبيع دون إبطاء ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ويتسلم في المكان الذي يجب أن يسلمه فيه البائع . وفي لجنة المراجعة اكتفى بالفقرة الثانية لأنها تفيد المضمّن المطلوب كاملاً ، وحوّرت تحريراً لفظياً فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص في القانون المدني الجديد ، وأصبح النص رقمه ٤٧٧ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٣ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٦٠ - ص ١٦١) .

م ٤٦٤ : ورد هذا النص في المادة ٦١٦ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتى :
١ - نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عقد أو اتفاق يقضي بغير ذلك .
٢ - وكذلك الحال في نفقات النقل إذا وجب نقل المبيع إلى مكان غير الذي ينفذ فيه العقد .
وبينهم البائع قد رضى أن يتحمل نفقات النقل إذا اشترط المشتري التسليم خالص الأجر .
وإذا اتفق على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الخدمية ، اعتبر البائع =

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادة ٢٨٤/٣٥٦ (١).

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في التقنين المدني السوري المادتين ٤٣١ - ٤٣٢ - وفي التقنين المدني الليبي المادتين ٤٥٢ - ٤٥٣ - وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٥٨٦ - ٥٨٧ - وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة ٤٧٢ (٢).

== راضياً أن يتحمل الرسوم التي تجبى في نقل البضاعة ، وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ، ولكنه لا يتحمل رسوم الاستهلاك التي تجبى عند تسليم المبيع . وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثانية لأن مكانها القانون التجاري ، فأصبح النص مطابقاً لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، وصار رقمه ٤٧٨ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لمجلس الشيوخ تحت رقم ٤٦٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٥ ص ١٦٢ - ص ١٦٣) .

(١) التقنين المدني السابق م ٣٥٦/٢٨٤ : ومصاريف المثل ومصاريف دفع الثمن تكون على المشتري ، وكذلك رسوم عقد البيع ، وهذا إن لم يقض العرف التجاري بخلاف ذلك في جميع الأحوال .
(والأحكام متفقة في التقنينين السابق والجديد) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٣١ - ٤٣٢ (مطابقتان قدادتين ٤٦٣ - ٤٧٤ مصرى - وانظر القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا فقرة ٢٤٠ - فقرة ٢٤١ وقرة ٢٤٤ .

التقنين المدني الليبي م ٤٥٢ - ٤٥٣ (مطابقتان للمادتين ٤٦٣ - ٤٦٤ مصرى) .

التقنين المدني العراقي م ٥٨٦ : ١ - يلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع في الزمان والمكان المحددين في العقد ما دام المبيع قد عرض عليه وفقاً للشروط المتفق عليها . ٢ - فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زماناً أو مكاناً لتسلم المبيع ، وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يجب أن يسلمه فيه البائع ، وأن ينقله دون إبطاء إلا ما يقتضيه النقل من زمن .

م ٥٨٧ : نفقات تسليم المبيع على المشتري ، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك .
(وأحكام التقنين العراقي متفقة مع أحكام التقنين المصري - أنظر في القانون المدني العراقي الأستاذ حسن الذنون فقرة ٣٤١ - فقرة ٣٤٣ - الأستاذ عباس حسن الصراف فقرة ٥٧٨ - فقرة ٥٨٦) .

تقنين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٧٢ : يجب على المشتري أن يتسلم المبيع في المكان والزمان المبينين في العقد . وإذا لم يكن هناك نص يخالف ، وجب عليه أن يتسلم المبيع بلا إبطاء ، مع مراعاة المهلة اللازمة للاستلام . وإذا لم يحضر لاستلام المبيع ، أو حضر بدون أن يعرض دفع الثمن في الوقت نفسه ، وكان البيع نقداً ، منطبقاً للقواعد المتعلقة بتأخير المدين . وإذا كان عن التراجيع ، تسلم الأشياء المبيعة دفعتاً نقدية ، والخطأ عن استلام الدفعة الأولى =

ونبحث في تسليم المبيع : (١) كيف يكون التسليم . (٢) زمان التسليم ومكانه .
(٣) نفقات التسليم . (٤) الجزاء على الإخلال بالتزام التسليم .

٢٢٢ — كيف يكون تسليم المشتري للمبيع : التسليم في أغلب صوره هو العملية المتممة للتسليم . فقد بينا (١) أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، وذلك بأن يضعه تحت تصرف المشتري بحيث يكون هذا متمكناً من حيازته حيازة يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك . وفي أكثر الأحوال يقع هذا بأن يقبض المشتري فعلاً المبيع من البائع على هذا النحو ، فيسلم البائع المبيع إلى المشتري ويتسلمه المشتري من البائع ، ويتم التسليم والتسلم في وقت واحد . ولكن يحدث أن البائع يضع المبيع تحت المشتري ، ويكون المشتري متمكناً من الاستيلاء عليه ، ولكنه لا يستولي عليه فعلاً ، فيكون البائع قد قام بالتزامه متى تسليم المبيع ، ولم يقم المشتري بالتزامه من تسلمه ، ولا يعتبر المشتري حائزاً للمبيع (٢) .

فيلتزم المشتري إذن بأن يتسلم المبيع ، وذلك بالاستيلاء عليه فعلاً . وتظهر الأهمية العملية لوجوب تنفيذ المشتري بتسلم المبيع في حالة ما إذا كان التسليم واجباً في موطن البائع أو في موطن آخر غير موطن المشتري وكان المبيع منقولاً . ففي هذه الحالة إذا لم يتقدم المشتري في الميعاد المحدد للتسلم إلى موطن البائع أو إلى المكان الذي يجب فيه تسليم المبيع ليتسلمه وينقله من مكانه (٣) إلى المكان الذي يريد أن يضعه فيه ، فيخلو بذلك المكان الذي كان مشغولاً به عند البائع . كان المشتري مخلاً بالتزامه بتسلم المبيع ، وجاز للبائع وفقاً للقواعد العامة إعداره وإلزامه بالتسلم أو طلب الفسخ على النحو الذي سنبينه .

= ينتج المفاعيل التي ينتجها عدم امتثال المبرع - ذلك كله ما لم يكن اتفاق محال بين الفريقين .

أنظر أيضاً المادة ١٣٠ وقد سبق ذكرها آنفاً فقرة ١٨ ؛ في الخامس

(وأحكام التفنين اليوناني تنفق مع أحكام التفنين المصري) .

(١) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ .

(٢) أنظر آنفاً فقرة ٣٠٥ في الخامس .

(٣) يبدان ١١ وقرة ٢٧٤ .

وتسلم المبيع كتسليمه يتم بالأعمال التي تتفق مع طبيعة المبيع . فتسلم العقار يكون بمجازته بعد أن يخليه البائع على ما قدمنا . وتسلم المنقول يكون بقبضه من البائع أو بمجازته إذا كان المنقول في مكان لا ينقل منه . وتسلم الأوراق المالية يكون بقبضها أو بإيداع البائع إياها لحساب المشتري في مصرف . وقد يتسلم المشتري المنقول بتسلم مفاتيح المنزل أو الخزن أو الصندوق أو أى مكان آخر يحتوي على هذا المنقول ، أو بتحويل البائع له سند الإيداع أو التخزين . ما كان المنقول مودعاً أو مخزوناً في جهة ما أو بتسليمه هذا السند إذا كان لحامله . وإذا كان المبيع حقاً مجرداً كحق المرور أو حق شخصي ، فقد يتم التسليم بأخذ المشتري السند الحق أو باستعماله الحق فعلاً . والتسليم الحكيم من جانب البائع يتضمن تسليماً حكيماً من جانب المشتري ، فالمشتري الذي يشتري شيئاً كان في حيازته قبل البيع ويستقبه في حيازته كمشتري يكون قد سلم المبيع تسليماً حكيماً ، وترك المشتري المبيع للبائع بحوزة بسبب آخر كإيجار أو رهن أو ودیعة بعد تسليماً حكيماً من المشتري للمبيع ، وإذا أجر المشتري المبيع ، وقبضه استأجر من البائع رأساً كان هذا تسليماً حكيماً للمبيع من المشتري . وقد سبق أن بسطنا القول في كل عند الكلام في طريقة تسليم المبيع (١) .

٤٢٣ -- زمان تسليم المبيع ومكانه : زمان تسليم المبيع ومكانه يكونان عادة هما زمان تسليم المبيع ومكانه . فالبايع يلتزم بتسليم المبيع إلى المشتري في زمان معين وفي مكان معين سبق بيانهما (٢) ، ويكون المشتري عادة ملتزماً بتسلم المبيع من البائع في نفس الزمان والمكان ، إذ يغلب كما قدمنا أن التسليم يعقبه التسليم دون إبطاء إلا ما يقتضيه التسليم من زمن . فعندما يسلم البائع المبيع للمشتري ، يتسلمه المشتري فوراً في نفس الزمان وفي نفس المكان .

على أنه قد يترأى تسليم المبيع من المشتري عن تسليمه من البائع . وذلك بأن يحدد الاتفاق أو العرف زماناً للتسليم إلى الزمان الذي يتم فيه التسليم ، كأن

(١) أنظر أيضاً الفقرة ٣٠٨ .

(٢) أنظر أيضاً الفقرة ١٠٨ - الفقرة ١١١ .

بكون المبيع ، فولا ودعا في مكان معين لينفق المتبايعان على أن يضع البائع تحت تصرف المشتري مفاتيح هذا المكان بإبداعها في جهة معينة . يستطيع المشتري أن يأخذها منها في أى وقت شاء ، على ألا يتأخر عن تسليم المفاتيح أكثر من ثلاثة أيام من وقت إبداعها . أما أن يكون التسليم غير مكان التسليم فهذا مما لا يتصور فحيث يتم التسليم يقع التسليم .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : وكذا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع ، كذلك المشتري يلتزم بتسلمه . وزمان التسليم ومكانه يحدداهما عقد البيع ، وهما يكونان عادة زمان ومكان التسليم . فإذا لم يوجد اتفاق أو عرف يحدد ذلك ، وجب أن يتم التسليم دون إبطاء بمجرد التماس من البائع ، إلا ما يقتضيه التسليم من زمن ، ووجب أن يكون في مكان التسليم (١) .

٤٣١ - نفقات تسليم المشتري للمبيع : قدما أن نفقات تسليم المبيع تكون عادة على البائع ، فيتحمل هذا مصروفات حزم المبيع ونقله إلى مكان التسليم ونفقات الرزن والمقاس والسجل والعد إذا كان المبيع يفرز باحدى هذه الطرق ، ومصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة أو المكان الذى يوجد فيه المبيع إلى المشتري ، والرسوم الجمركية المستحقة على البضائع المبيعة التى يستوردها البائع ، وغير ذلك من المصروفات مما سبق بيانه (٢) . أما نفقات تسليم المبيع فتكون على المشتري لا على البائع ، وقد نص على هذا الحكم صراحة كما رأينا في المادة ٤٦٤ مدني ، وهى ليست إلا تطبيقاً محضاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن والتي تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك (م ٣٤٨ مدني) ، والالتزام بالتسليم المدين فيه هو المشتري ومن ثم تكون نفقاته عليه ، كما أن الالتزام بالتسليم المدين فيه هو البائع فكان هو الذى يتحمل النفقات .

ومن مصروفات تسليم المبيع مصروفات نقله من مكان التسليم والتسليم إلى المكان

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ١٦٢ .

(٢) أنظر أيضاً فقرة ٣١٢ .

الذي يريد المشتري ، فكما أن البائع يتحمل مصروفات نقل المبيع إلى مكان التسليم والتسلم يتحمل المشتري نفقات نقله من هذا المكان . وإذا كان المبيع ثمراً على الشجر — كشجر المانجو والمواخ والموز ونحوها — وبيع على هذه الحالة ، مصروفات قطعه من الشجر تكون على المشتري لا على البائع ، وكذلك الحال في كل محصول بيع في الأرض قائماً لا مقطوعاً . وإذا كان المبيع مما يجب تصديره وكان تسليمه عند الشحن في مكان التصدير ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى أن يفرغ في محطة الوصول تكون على المشتري لأنها مصروفات أنفقت لتسلم المبيع . أما إذا كان تسليم المبيع عند التفريغ في محطة الوصول ، فإن مصروفات شحنه وإرساله إلى هذا المكان تكون مصروفات أنفقت لتسليم المبيع لا لتسلمه ، فتكون على البائع لا على المشتري . وكذلك الحال في الرسوم التي تجب على المبيع وقت خروجه من محطة التصدير ورسوم « الترانزيت » أثناء العبور وللرسوم التي تجب عند وصول البضاعة إلى محطة التفريغ ، كل هذه الرسوم يتحملها المشتري إذا كان مكان التسليم هو محطة الشحن ، ويتحملها البائع إذا كان مكان التسليم هو محطة التصدير .

وهذا كله مالم يقض الاتفاق أو العرف بغيره ، فعند ذلك يسرى الاتفاق أو العرف . فقد يقضى العرف التجاري بأن مصروفات التفريغ تكون على المشتري ، ويتحملها رايو كان التسليم في مكان التفريغ . وقد يتفق المتبايعان على أن يكون التسليم خالصاً من أجر الشحن ومن الرسوم الجمركية ، وعند ذلك يتحمل البائع رسوم التي تجب في نقل المبيع وقت الخروج وأثناء العبور وعند الوصول ولو كان التسليم في مكان الشحن . ولكنه لا يتحمل الرسوم التي تجب على استهلاك المبيع في هذه الحالة ، بل الذي يتحملها هو المشتري لأنه هو الذي يستهلكها ، وذلك مالم يكن هناك اتفاق على غيره (١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد :
« أما ما يقتضيه التسليم من نفقات — في النقل والشحن وغير ذلك — فهو

(١) أنظر الفقرة الثانية من نص المشروع التمهيدي ، وفي الفقرة التي حلفت في لجنة المراجعة ، أنفاً فقرة ٤٢١ في الماشر .

على المشتري ، عالم بوجود اتفاق أو عرف بقبض بغير ذلك . ونفقات نقل المبيع إلى مكان التسليم قد تدخل ضمن نفقات التسليم فهي على البائع ، ونفقات نقله من مكان التسليم إلى مكان التسليم (إقرأ المكان الذي يريده المشتري فإن مكان التسليم هو نفس مكان التسليم كما سبق القول) إذا كان المكانان مختلفين تكون على المشتري . وإذا كان المشتري في مكان غير مكان البائع ، واشترط التسليم خالص الأجر . وجب على البائع أن ينقل المبيع إلى مكان المشتري ونفقات النقل عليه . بل قد يشترط المشتري أن يكون التسليم خالصاً ، لا من أجر الشحن وحده ، بل كذلك من الرسوم الجمركية ، فيتحمل البائع هذه الرسوم ، سواء كانت تجبي وقت خروج البضاعة من بلد البائع ، أو أثناء عبورها في الطريق ، أو عند وصولها إلى بلد المشتري . أما رسوم الاستيلاء التي قد تجبي عند تسليم المبيع ، فهي على المشتري . وغنى عن البيان أن هذه الأحكام ليست من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على غيرها (١) .

٢٥ — الجزء على أعمال المشتري بالتزام تسليم المبيع : فإذا أخل المشتري بالتزامه من تسليم المبيع ، بأن كان مكان التسليم في موطن البائع ولم يتقدم لتسلمه ، أو كان في جهة أخرى ولم يذهب إليها للتسلم ، أو كان في موطنه هو فأتى له البائع بالمبيع فرفض تسليمه ، أو تخلف المشتري عن تسليم المبيع في امتداد المدة للتسلم ، جاز للبائع أن يطلب من القضاء تنفيذ التزام المشتري جبراً عليه . وقد يتم ذلك عن طريق إيداع المبيع على ذمة المشتري بمصروفات يتحملها المشتري ، أو يتم عن طريق الحكم على المشتري بغرامة تهاديدية يدفعها عن كل يوم من أيام التأخر عن التسليم ، أو يتم بطريق آخر من الطرق المقررة للتنفيذ العيني (٢) . ويسبق ذلك كله إعداز البائع للمشتري أن ينفذ التزامه بتسليم المبيع . كذلك يجوز للبائع ، بعد إعداز المشتري ، أن يطلب فسخ البيع . ويبقى

(١) بمعرفة الأموال التعضيرية ، ص ١٦٢ - ص ١٦٣ .

(٢) وقد يكفي البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ، أي بوضعه تحت تصرفه وتمكينه من الاستيلاء عليه ، ولا يطلب المشتري بعد ذلك تسليمه . فيكون البائع قد قام بالتزامه بالتسليم ، ومن ثم يحق له المطالبة للمشتري بالتسليم ، سواء تسلم المشتري المبيع أو لم يتسلمه .

للمفاضي سلطته التقديرية . فاذا رأى مبرراً للفسخ قضى به ، وإلا أعطى المشتري مهلة لتسلم المبيع ، وفقاً للقواعد المقررة في الفسخ القضائي . وقد بوضع في البيع شرط فاسخ اتفاق ، فيتبع في شأنه جميع القواعد التي سبق ذكرها في شأن الفسخ الاتفاق عند عدم دفع الثمن (١) .

وسواء طلب البائع التنفيذ العيني أو الفسخ ، فله في الحالتين أن يطلب تعريضاً عما أصابه من الضرر بسبب تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بتسلم المبيع ، وذلك كأجرة المكان الذي بقي مشغولاً بالمبيع بعد حلول وقت تسلمه (٢) .

(١) وإذا كان من الواجب تسليم المبيع على دفعات متتالية ، فالتخلف عن تسليم الدفعة الأولى يكون بمثابة التخلف عن تسليم كل المبيع (أنظر م ٧٢ ، لبناني آنفاً فقرة ٢١ ، في الهامش) ، ولكن التخلف عن تسليم الدفعات الأخيرة لا يمس ما تم تسلمه من الدفعات الأولى (أوربي ورو . فقرة ٢٥٦ م ٩٩ - أوربي وصينيا فقرة ٥٩٩) .

وإذا أعذر المشتري البائع بطالبه بتسليم المبيع ثم لم يتم التسليم ، وجب على البائع ، حتى يحتاج على المشتري بعدم تسلمه المبيع ، أن يعذر ، هو أيضاً بالتسليم حتى يثبت عليه التأخر في تنفيذ هذا الالتزام (استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٧) .

ومن اشترى شيئاً لسياد ملزم بتسلمه من القرعة التي يوجد فيها ، وليس له أن يقيده بالهبة عنه بقدر حاجته لتسليم أرضه ، وللبائع إجباره على التسليم أو وضع الطين في مكان معين على ذمة المشتري (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٢) .

(٢) أنظر في كل ذلك بودري وصينيا فقرة ٥٩٤ - بلانيرل ورييبر ومامل ١٠ فقرة ١٤٤ .

الْبَيْتُ الثَّانِي

عقد المقايضة

نظرة عامة

في عقد المقايضة

٢٦٦- النصوص القانونية : تنص المادة ٤٨٢ من التقنين المدني على ما يأتي :

« المقايضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر ، على سبيل التبادل ، ملكية مال ليس من النقود » .

وتنص المادة ٤٨٣ على ما يأتي :

« إذا كان للأشياء المتقايض فيها قيم مختلفة في تدبير المتعاقدين ، جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود يكون معديلاً (١) » .

وتقابل هذه النصوص في التقنين المدني السابق المادتين ٣٥٦ - ٣٥٧ من التقنين المدني الوطني (٢) .

(١) تاريخ النصوص :

م ٤٨٢ : ورد هذا النص في المادة ٦٥٣ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد ، فوجعا عدا عبارة « على سبيل التبادل » فقد أضيفت في لجنة المراجعة بعد أن أقرت النص تحت رقم ٥٠٩ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٢ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٣٣) .

م ٤٨٣ : ورد هذا النص في المادة ٦٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأمرت لجنة المراجعة تحت رقم ٤١٠ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٣ (مجموعة الأعمال التشريعية ٤ ص ٢٣٤ - ص ٢٣٥) .

(٢) التقنين المدني الوطني السابق م ٣٥٦ : المارضة عقد به يلتزم كل من المتعاقدين المتعاقدين بأن يعطى للآخر شيئاً بدل ما أخذه منه .

م ٢٥٧ : تحصل المارضة بجبره ونسأه المتعاقدين بها بالكهنية المتوردة لمبيع .

متأبيل في التفتيات المدنية العربية الأخرى : في التفتين المدني السوري
المادتين ٤٥٠ - ٤٥١ - وفي التفتين المدني الليبي المادتين ٤٧١ - ٤٧٢ -
وفي التفتين المدني العراقي المادة ٥٩٩ - وفي تفتين الموجبات والعقود اللبناني
المواد ٤٩٩ - ٥٠١ (١) .

٤٧٧ - تمييز عقد المقايضة عن البيع : ويظهر من النصوص المتقدم
ذكرها أن عقد المقايضة يتميز عن عقد البيع في أن عقد البيع مبادلة شيء بمبلغ
من النقود وهو الثمن ، أما عقد المقايضة فهو مبادلة شيء بشيء لا يكون أيهما
مبلغاً من النقود . ففي البيع يوجد مبيع و ثمن ، أما في المقايضة فلا يوجد ثمن

= وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بشأن المقايضة في التفتين المدني السابق :
م يرد شيء عن عقد المقايضة في التفتين المختلط . أما التفتين الأمل فقد أورد في شأنه
نصوص (م ٣٥٦ - ٣٦٠) اقتصر على تطبيق القواعد العامة ، فيما عدا نصاً واحداً
(م ٣٥٩) شذ عن هذه القواعد شفوذاً لا مبرر له . وقد أصلح المشروع هذا العيب ، وأورد
سوراً تعرض لمميزات عامة في عقد المقايضة : ثم نص بوجه عام على وجوب تطبيق أحكام
البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٢ .
وانظر أيضاً ص ٢٢٨) .

(١) التفتيات المدنية العربية الأخرى : التفتين المدني السوري م ٤٥٠ - ٤٥١ (مطابقان
لمادتين ٤٨٢ - ٤٨٣ مصري . وانظر في القانون المدني السوري الأستاذ مصطفى الزرقا
فقرات ٣١٠ - ٣١٥) .

التفتين المدني الليبي م ٤٧١ - ٤٧٢ (مطابقان لمادتين ٤٨٢ - ٤٨٣ مصري) .
التفتين المدني العراقي م ٥٩٩ (مطابقة للمادة ٤٨٣ مصري - وانظر في القانون المدني
العراقي الأستاذ حسن الذنون لفقرة ٣٧٠ - فقرة ٣٧٣ - والأستاذ عباس حسن الصراف
فقرة ٦٢٦ - فقرة ٦٤١) .

تفتين الموجبات والعقود اللبناني م ٤٩٩ : المقايضة عقد يلتزم فيه كل من المتعاقدين أن يؤدى
شيئاً للمحصل على شيء آخر .

م ٥٠٠ : تم المقايضة بمجرد رضا الفريقين . أما إذا كان موضوع المقايضة عقارات
أو حقوقاً عينية على عقارات ، فنطبق أحكام المادة ٤٩٤ وأحكام القوانين المقارنة المعمول بها .
م ٥٠١ : إذا عقدت المقايضة على أشياء متفاوتة قيمتها ، فلهذه تفتين أن يؤدى الفرق
من النقود أو من أشياء أخرى .
(وأحكام التفتين اللبناني تنفق مع أحكام التفتين المصري) .

ولكن يوجد مبيع وصبيع إذ الشئان المتقابلان فيهما يكون كل منهما في حكم المبيع (١).

والمقايضة ليست فحسب مبادلة حق ملكية بحق ملكية آخر ، كمبادلة دار بأرض أو سيارة بألة زراعية أو أرض بمواش أو نحو ذلك . بل هي قد تكون مبادلة حق عيني آخر أو حق شخصي بالملكية أو بأى حق عيني أو شخصي آخر ، كمبادلة رقة دار بحق انتفاع في دار أخرى أو في أرض ، ومبادلة حق انتفاع بحق انتفاع أو بحق ارتفاق ، ومبادلة حق انتفاع أو حق ارتفاق بحق شخصي (٢).

ولكن لا بد أن تكون المقايضة مبادلة حق بحق ، فإذا بودل حق بعمل أو بامتناع عن عمل أو بودل عمل بعمل أو عمل بامتناع عن عمل ، كما إذا أعطى شخص أرضاً لآخر في نظير أن يقوم له بعمل معين أو في نظير أن يمتنع عن عمل معين ، فهذا العقد ليس مقايضة بل هو عقد غير مسمى .

ولا بد أن تكون المقايضة كما قدمنا مبادلة حق غير نقدي ، فلا تدخل النقود في عقد المقايضة ، وهذا هو الذى يميزها عن عقد البيع . ومع ذلك فقد يدخل المقايضة نقود تكون معدلاً (soult) ، فبها إذا كانت الأشياء المتقايض فيها لها قيم مختلفة في تقدير المتعاقدين . فانه يجوز ، طبقاً للمادة ٤٨٣ مدنى التقدم ذكرها ، تعويض الفرق ببلغ من النقود يكون معدلاً . فإذا قايض شخص بدار مملوكة له على أرض مملوكة لآخر ، وكانت قيمة الدار التي ورثها الأرض ألفاً وخمسمائة في نظر المتقايضين ، فإن صاحب الدار يأخذ في مقابل داره الأرض ويبيعها بمعدل من النقود بمقدار خمسمائة ، ويبقى المبلغ الذى بقي من النقود ، وقد اختلفت الآراء ، في هذا الموضع ، فبها يجوز عقد المقايضة بمعدل من عقد البيع . فلتسب رأي إلى وجوب الرجوع إلى نية المتعاقدين ، فإن أودا المزدبيعا

(١) أنظر المادة ٩٧ ، عراقى واتص على ما يأتي : ١ - لكل من البديلين في بيع المقايضة حكم البيع ، فمعتبر فيما شرطه . وإن وقعت منازعة في أمر التسليم لزم أن يسلم ويأخذ كل من المتقايضين مالم . ٢ - ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للبعض الآخر الذى قايض به . ولا يأتى على الذى قايض عليه .

(٢) أوبرى ورد ٥ ، قرة ١٠ ، على ١٠ ، بوبرى ، غريباً بقرة ٩٧٢ . بلانجيل وريچر وادل ١٠ ، قرة ٢٩١ .

فهو بيع أو شراء ، مقايضة . وذهب رأى ثان إلى جعل العقد بيعاً إذا كان المعدل أكثر من قيمة الشيء الذى قرن به لتكميل قيمته ، فان كان المعدل أقل فالعقد مقايضة . وذهب رأى ثالث ، وهو الرأى الصحيح ، إلى أن العقد يكون مقايضة إلا إذا كان المعدل يزيد بكثير على قيمة الشيء الذى قرن به لتكميل قيمته بحيث يعتبر هذا الشيء هو المكمل للمعدل لا المعدل هو المكمل للشيء . ففى المثل السالف الذكر إذا كانت الدار قيمتها ألفان والأرض قيمتها خمسمائة ، فبودلت الدار بالأرض ومعها البت وخمسمائة ، كان العقد بيعاً لا مقايضة (١) .

٤٢٨ - تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذى تسمح به

طبيعتها - نص قانونى - وتنص المادة ٤٨٥ من التقنين المدنى على ما يأتى :
« تسرى على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذى تسمح به طبيعة المقايضة ، ويعتبر كل من المتقايضين بائعاً للشيء الذى قايس به ، ومشترياً للشيء الذى قايس عليه . » (٢) .

(١) وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : « على أنه يجب ألا يكون هذا المعدل هو المعتبر الغالب ، وإلا انقلبت المقايضة بيعاً » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨) وانظر آنفاً فقرة ١١ - وانظر نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٣ ص ٨١٤ - بودرى وسينيا فقرة ٩٧٥ - بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٧ وفقرة ٤٠٣ - بلانيول وريبير وريولانجيه ٢ فقرة ٢٦١٨ - جوسران ٢ فقرة ١١٧٤ . ومبادلة رأس مال بإيراد مدى الحياة تكون مقايضة (بلانيول وريبير وريولانجيه ٢ ص ٨٠٧ هامش ١ - جوسران ٢ فقرة ١١٧٠) . ومبادلة نقد بنقد صرف فى الفقه الإسلامى . وقد يكون أحد البائعين أو كلاهما مجزئاً من المال كتخارج الوارث على حصته فى الميراث فى مقابل متجر عليه إبقاء الوارث الآخر (بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٣٩٣ ص ٥٠٦) . والأصل فى المعدل أن يكون نقوداً ، وقد يكون غير نقود (بلانيول وريبير وعامل ١٠ فقرة ٤٠٣ - م ٥٠١ لبنانى آنفاً فقرة ٤٢٦ فى الهامش) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٦٥٨ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما أقر عليه فى التقنين المدنى الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١٢ من المشرع النهائى . ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٥ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٣٨ و ص ٢٤٠) .

ويشيل كرس فى التقنين المدنى الوطنى السابق م ٣٦٠ : تتبع فى المعارضة القواعد المختصة بمشارطة البيع .

ويخلص من هذا النص أن المقايضة تسرى عليها في الأصل أحكام البيع ،
فيعتبر كل متقايبض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً له وقايبض به ، ومشترياً للشيء
الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايبض هو عليه . غير أن طبيعة المقايضة —
وترجع إلى أنه لا يوجد فيها مبيع وثمن بل مبيع ومبيع كما قدمنا — قد تقضى
ببعض مفارقات عن أحكام البيع . فنورد ما بين المقايضة والبيع من موافقات ،
وما بينهما من مفارقات .

١٩ — الموافقات بين المقايضة والبيع

٤٢٩ — الأركان الأربعة — تسرى أحكام البيع على النحو المتقدم
الذكر بالنسبة إلى أركان المقايضة وبالنسبة إلى الآثار التي تترتب عليها .

٤٣٠ — أركان المقايضة — المقايضة كالبيع عقد رضائي ، يتم بتوافق
الإيجاب والقبول (١) . ولا يشترط فيها شكل خاص ، ويثبت طبقاً للقواعد
العامة في الإثبات ، بقيمة أحد الشئيين المتقايبض فيهما إذ المفروض أنهما متساويان
في القيمة ، وإلا فكل التزام تقدر قيمته بقيمة الشيء محل هذا الالتزام . وأركان
المقايضة التراضي والمحل والسبب .

== ويقابل في التقنيات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني المصري م ١٥٢ (مطابقة المادة
٤٨٥ مصري) .

التقنين المدني الليبي م ١٧٤ (مطابقة المادة ٤٨٥ مصري) .

التقنين المدني العراقي م ٥٩٧ : ١ — لكل من البديلين في المقايضة حكم المبيع منتدراً فيهما
شروطه . وإن وقعت منازعة في أمر التسليم ، لزم أن يسلم ويتسلم كل من المتقايبضين معاً .
٢ — ويعتبر كل من المتقايبضين بائعاً للشيء الذي قايبض به ، ومشترياً للشيء الذي قايبض عليه .
(والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

التقنين المروحيات والمقنونة اللبناني م ٥٠٢ : تطبق قواعد البيع على قدر ما تسمح به طبيعة هذا
العقد ، ودرجته ما يتعدى أنما بضمان الالتزامات وبالعقوبات المدنية وبطرق الاعتقاد على ملك الغير .
(والأحكام متفقة مع أحكام التقنين المصري) .

(١) وكذا في المقايضة والقانون الروماني عقد غير رسمي يتم بغير أي قيد أو شرط .

وبشروط في التراضي أن يوجد، وأن ينصب على المقايضة لا مجرد وعد بها .
على أن الوعد بالمقايضة يجوز كما يجوز الوعد بالبيع ، وتسرى على الوعد
بالمقايضة الأحكام التي تسرى على الوعد بالبيع (١). ولا يكتفى وجرد للتراضي،
بل يجب أيضاً أن يكون صحيحاً . والتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً
من ذي أهلية ، والأهلية في المقايضة هي نفس الأهلية في البيع . وحدود ولاية
بولى والرصى والقيم في المقايضة هي نفس حدودها في البيع ، ويدخل في ذلك
تعاقد الشخص مع نفسه . ولا يكون التراضي صحيحاً أيضاً إلا إذا كان خالياً
عن عيوب الرضاء : الغلط والتدليس (٢) والإكراه والاستغلال . وخيار الرؤية
في المقايضة ، كخيار الرؤية في البيع ، ينتهي إلى وجوب تعيين الشيء المتقايض
عليه وعلم المتقايض . وتدخل الأوصاف على المقايضة كما تدخل على البيع ،
فتجوز مثلاً المقايضة بشرط التجربة وبشرط المذاق ، وتسرى نفس الأحكام
التي تسرى على بيع التجربة وبيع المذاق .

والركن الثاني للمقايضة هو الشئان المتقايض فيهما . وبشروط في كل منهما
ما يشترط في المبيع ، إذ أن كلا منهما في حكم المبيع كما قدمنا . فيجب أن يكون
شيء المتقايض فيه موجوداً ، والشيء المتنازع فيه لا يجوز أن يتعامل فيه عمال
القضاء ولا المحامي بالمقايضة مع موكله على النحو الذي رأيناه في البيع (٣). ويجب
أن يكون الشيء المتقايض فيه معيناً تعييناً كافياً ، وتجوز المقايضة في شيء
جزاف وفي شيء يعين بالتقدير كيلاً أو مقاساً أو وزناً أو عدداً ، فتجوز مقايضة
عشرة أرادب من القمح بعشرين أردباً من الذرة مثلاً . ويجوز تعيين الشيء
المتقايض فيه عن طريق العينة كما يجوز تعيين المبيع ، وبصح أن يكون الشيء

(١) بودرى وسينا فقرة ٩٩٧ ص ٩٨٨ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن استحالة رد الأطنان المتبادل عليها بسبب نزع ملكيتها من
يد المتبادل الذي يملك بطلان المبادلة ليست في حد ذاتها مانعاً من قبول دعوى البطلان ، أما
إذا كانت الاستحالة ناشئة عن تصرف من طالب البطلان ينهض دليلاً على إجازة المتبادل للعقد
المشوب بالتدليس فمتدنة لا تقبل منه دعوى البطلان (نقض مدني ١٨ مايو سنة ١٩٣٣ المحاماة

١٢ رقم ٤/٦١٨ ص ١٢١٣) .

(٣) انظر آتياً فقرة ١١٣ .

المقايض فيه حصة شائعة كما يصح ذلك في المبيع . ويجب أن يكون الشيء المقايض فيه صالحاً للتعامل فيه ، وبخاصة يجب أن يكون مشروعاً . ويجب تحريماً أن يكون الشيء المقايض فيه مملوكاً للمقايض ، والمقايضة بملك الغير كبيع ملك الغير قابلة للإبطال لمصلحة المقايض الآخر . كذلك المقايضة في مرض الموت ، كالبيع في مرض الموت ، ويفرض فيها أنها تستر تبرعاً فتأخذ حكم الرصبة . وحكم مقايضة الوارث بمال التركة قبل سداد الدين هو حكم تصرفه بالبيع ، وكذلك يسرى حكم البيع في المقايضة بالمال المحجوز عليه وفي مقايضة المعسر بماله . والركن الثالث في المقايضة هو السبب ، وتسرى فيه الأحكام العامة المقررة في نظرية السبب .

٤٣١ - الآثار التي تترتب على المقايضة - والآثار التي تترتب على المقايضة هي نفس الآثار التي تترتب على البيع من حيث التزامات البائع لا من حيث التزامات المشتري . فيلتزم كل من المقايضين بنقل ملكية الشيء الذي يقايض به إلى الطرف الآخر ، كما يلتزم بتسليمه إياه وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية .

وتنتقل ملكية الشيء المقايض فيه من مالكه إلى المقايض الآخر بمجرد تمام المقايضة في المنقول المعين بالذات ، وبالإفراز فيما عين بنوعه ، وبالتسجيل في العقار (١) . ويترتب على انتقال الملكية في المقايضة ما يترتب على انتقال

(١) ويجوز رفع دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع في المقايضة كما يجوز ذلك في البيع ، وتسرى نفس القواعد .

وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المورث قد تصرف في أطيان له لغير بمقتضى عقد بدل لم يسجل ، ثم تصرف في ذات الأطيان بالبيع لأحد أولاده بمقتضى بيع مسجل ، فأقام هذا الأخير دعوى على المتبادل معه بطلب تثبيت ملكيته إلى هذا اللقدر ، فقضى برفض دعواه ابتداءً لما هو مقرر في التشريع الفرعي في شأن الوارث الذي يقبل التركة بغير تحفظ ، فإن الحكم يكون قد نهى الفانون (نقض مدني ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة أحكام النقض ٨ رقم ١٠٨ ص ٩٦٠) .

ونفس محكمة الاستئناف الخاطئة بأن عقد المقايضة غير المسجل يلتزم كل مقايض بالأعمال اللازمة بالتسجيل كما في البيع (استئناف مخطوط ١٢ يناير سنة ١٩٢١ م ٤٤ ص ١١٠) .

الملكية في البيع . ويجوز أن تكون المقايضة سبباً صحيحاً في تملك العقار بالتقادم
المقصود (١) وفي تملك المنقول بالحيازة .

ويلتزم كل متناقص بتسليم الشيء الذي قابض به إلى المتناقص الآخر في الحالة
التي عليها وقت المقايضة . وحكم المعجز والزيادة في مقدار الشيء المتناقص
فيه هو نفس حكم المعجز والزيادة في مقدار البيع (٢) . والطريقة التي يتم بها
التسليم ، وزمان التسليم ومكانه ونفقاته ، وجزاء الإخلال بهذا الالتزام (٣) ،
كل ذلك تسري عليه الأحكام التي تسري على الالتزام بالتسليم في البيع .
ويتحمل كل متناقص تبعه هلاك الشيء الذي قابض به إذا وقع الهلاك قبل
التسليم ، بالتفصيلات التي قررناها في البيع .

ويلتزم كل متناقص بضمان التعرض والاستحقاق في الشيء الذي قابض به
على النحو الذي رأيناه في البيع (٤) . ولكل منهما حبس الشيء الذي قابض به

= وقضت أيضاً بأنه لا يحتج بالمقايضة بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية كما لا يحتج بأي تصرف
آخر (استئناف مختلط ٣١ مارس سنة ١٩٢٦ م ٤٨ ص ٢٠٦) ، فإذا كانت المقايضة
بمحل المقايض محل الدائن المرتهن الذي دفع له المبدل (نفس الحكم السابق) .

(١) استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٢٤٧ - ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٢٢
م ٦١ ص ٩٥ .

(٢) بودري وسينيا فقرة ٩٨٠ - بلايول وريبير وهامل ١٠ فقرة ٣٩٨ - الأستاذ
أنور سلطان فقرة ٤٦٣ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز فسخ المقايضة إذا لم يسلم المتناقص
ما قابض به إلى المتناقص الآخر (استئناف وطني ٢٢ فبراير سنة ١٩١٠ الحقوق ٢٧
ص ١٢٩ - ومع ذلك قارن استئناف وطني ٢٤ يناير سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١
رقم ١/٦٦ ص ١٨٤) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم يوف أحد المتناقصين بما
قابض به ، فلآخر الفسخ والمطالبة بتعويض يقابل المنفعة التي حصلت للمتناقص المحكوم عليه
بالفسخ ولو كان هذا الأخير حسن النية (استئناف مصر ٢٧ يناير سنة ١٩٣١ المحاماة ١١
رقم ٥٢١ ص ١٠٤٨) . وانظر في استحقاق التعويض للتأخر في تسليم الأرض المتناقص
عليها بعد الإعذار (نقض مدني ١١ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٤٣ ص ٦٦٦) .

(٤) نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ - ٢٧ مارس
سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠٩ ص ٣٣٧ - استئناف وطني ١٥ ديسمبر سنة ١٩١٣
المجموعة الرسمية ١٥ رقم ٢٤ ص ٥٠ - وفي انطباق قواعد فسخ البيع على فسخ المقايضة =

أو فسخ المفاوضة إذا استحق الشيء الذي قابض عليه أو ظهر فيه عيب بوجب الضمان (١) .

== أنظر : استئناف مختلط : برنيه سنة ١٩١١ م ٢٧ ص ١٢ : ١٩ نوفمبر سنة ١٩٢٥ م ٢٨ ص ٢٨ .

(١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٩ - ص ٢٤٠ . وقد كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد يتضمن نصين فى هذا المقصد هما يحدد تطبيق القواعد العامة ، فحذفنا فى لجنة المراجعة . فكانت المادة ٦٥٦ من المشروع التمهيدى تنص على أنه : إذا تسلّم أحد المتقايضين الشيء الذى قابض عليه ، ثم أثبت بعد ذلك أن الطرف الآخر لا يملك هذا الشيء ، فلا يجوز أن يجبر على تسليم الشيء الذى قابض به ، وليس عليه إلا أن يرد ما تسلّمه . وكانت المادة ٦٥٧ من المشروع التمهيدى تنص على أنه : إذا استحق الشيء المقايض عليه فى يد المتقايض ، أو رد بموجب ، جاز للمتقايض أن يسترد الشيء الذى قابض به أو أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض به أو أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض عليه وقت الاستحقاق أو وقت المفاوضة خالياً من العيب ، وله فى الحالتين أن يطالب بتعريض إذا كان هناك وجه لذلك . (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٥ - ص ٢٢٧ فى الهامش) وتنص المادة ٥٩٨ من التقنين المدنى المراقى على أنه : إذا استحق الشيء الذى تسلّمه المتقايض أو رد بموجب ، جاز لهذا المتقايض إما أن يسترد الشيء الذى قابض به ، وإما أن يطالب بقيمة الشيء الذى قابض عليه وقت الاستحقاق أو تبته وقت المفاوضة خالياً من العيب . وله فى الحالتين أن يطالب بتعريض . إذا كان هناك وجه لذلك .

وكانت المادة ٣٥٨ من التقنين المدنى الرسمى السابق تنص على أنه : إذا كان أحد المتعارضين استلم للمعرض قبل تسليم المعرض الآخر ، ثم أثبت أن ما استلمه لم يكن ملكاً للمتعاقد معه ، فلا يجوز إجباره على تسليم ما تعهد بإعطائه بدل ما أخذه ، وإما يجبر على رد ما استلمه فقط . ثم أوردت المادة ٣٥٩ من التقنين المدنى السابق نصاً يشمل على حكم يتعارض مع القواعد العامة ، فتبنت بأنه : إذا كان أحد المتعارضين استلم معرض ما أعطاه ، ثم ظهر أنه ليس ملك المتعاقد وانزع منه مالكة الحقيق ، فيكون المتسلم المذكور مخيراً بين طلب تضمينات وبين طلب رد عين ما أخذه منه وإلزامه تحت يد غير المتعاقد معه إذا كان عقاراً إلا إذا مضت فى هذه الحالة خمس سنين من يوم عقد مشاركة المعارضة . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى هذا المقصد : « وهذا حكم غير مفهوم ، إلا إذا قيل إن الأجنبى قد ملك العقار بالتقادم القصير . هل أن هذا التعليل لا يصح فى كل الأحوال ، فقد يكون الأجنبى صبياً نية ، وقد تكون مدة حيازته للعقار أقل من خمس سنوات ويكفى لتحقيق ذلك ألا تنتقل إليه حيازة العقار إلا بعد عقد المفاوضة كما هو الغالب . وقد حذف المشروع هذا الحكم الغريب » (مجموعة الأعمال التحضيرية : ص ٢٢٩) . وقد قضت محكمة النقض بأن مدة الخمس سنوات المذكورة فى الشق الأخير من المادة ٣٥٩ مدنى ليست من مدد التقادم بمعنى المتقايض بهرورها ذا حق مكتسب ، بل هى من مدد السقوط يسقط بانقضائها حق المتقايض الذى استحق منه القبض فى رفع دعوى ==

٢٥ — المفارقات بين المقايضة والبيع

٤٣٢ — صبراً هام : يمكن القول بوجه عام إن أحكام البيع المتعلقة بالثمن أو بالتزامات المشتري الراجعة إلى الثمن لا تسرى في عقد المقايضة ، لتعارض هذه الأحكام مع طبيعة المقايضة . فالمقايضة ليس فيها ثمن كما قدمنا ، فأحكام بيع المتعلقة بالثمن ليس لها محل في عقد المقايضة ولا تسرى في هذا العقد بداهة . فاذا دخل عنصر النقد في المقايضة — ويتحقق ذلك في المقايضة بمعدل من النقود — سرت أحكام الثمن على هذا المعدل وحده بالمقدار الذي لا يتعارض مع عقد المقايضة (١) ، فيثبت مثلاً حق امتياز للمتقايض الدائن بالمعدل على الشيء الذي قايس به (٢) . والتزام المشتري الذي لا يتعلق بالثمن ، وهو التزامه بتسلم المبيع ، تسرى أحكامه في عقد المقايضة كما تسرى في عقد البيع.

٤٣٣ — تطبيقات لهذا المبدأ العام — نص قانوني : ومن أهم تطبيقات هذا المبدأ أن الأحكام التي تتعلق بوجوب أن يكون الثمن نقوداً

= استرداد النقض الذي أعطاه (نقض مدني ٧ يناير سنة ١٩٢٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٢٥ ص ٦٢ - وانظر أيضاً في صدد هذا النص : نقض مدني ٢٦ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٠٧ ص ٧٢٠ - استئناف مصر ٤ مايو سنة ١٩٢٦ الهامة ٧ رقم ٩ ص ١٥ - محكمة قنا استئناف ٢٠ فبراير سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ١/٨٧ ص ٢١٠ - الأستاذين أحمد نجيب الهلال وحامد زكي فقرة ٦٣٤ - فقرة ٦٣٥) .

والعبرة بوقت تمام المقايضة ، فإن كانت قد تمت قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فنص التقنين المدني السابق هو الذي يسرى فيما بين الوطنيين دون الأجانب ، وإلا فالتقنين المدني الجديد هو الذي يسرى .

(١) فيجوز للمقايض الذي له حق في المعدل أن يجبر المقايض الآخر على دفع المعدل مع التعويض فإن كان له مقتضى ، ويجوز لدائنه أن يستعمل حقه هذا (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٩٤١ م ٥٣ ص ١٨٨) . وإذا كان المعدل في المقايضة ضريبة متأخرة ثم تنازلت عنها الحكومة ، فالمقايض الذي كان مستولاً عن هذه الضريبة وحولها على المقايض الآخر له حق الرجوع بقيمتها على هذا المقايض الآخر (استئناف مختلط ١٨ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٥) .

(٢) أما في غير المعدل فلا امتياز للمتقايض على الدين التي أعطاه (نقض ١٦ مارس سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١١٠ ص ٢٨١) .

وأن يكون مقدراً أو قابلاً للتقدير وأن يكون جدياً ، وما يتصل ببخس الثمن من أحكام الغبن الفاحش (١) في البيع ، كل هذه الأحكام لا محل لتطبيقها في عقد المفاضة .

كذلك الأحكام المتعلقة بالتزامات المشتري فيما يرجع منها إلى الثمن ، كاللزام الوفاء بالثمن ودفع الفوائد وزمان دفع الثمن ومكانه ، كل هذه الأحكام لا محل لسريانها في عقد المفاضة . إلا أن الأحكام المتعلقة بتملك المشتري لثمر المبيع ونمائه وتحمل نفقاته ، وحبس المشتري للثمن (وبقابلة الشيء المفاض به) حتى يستوفي المبيع غير مهدد بتعرض أو استحقاق وغير معيب ، وحبس البائع للمبيع حتى يستوفي الثمن (وبقابلة الشيء المفاض عليه) ، وفسخ العقد لعدم الوفاء بالثمن (وبقابلة الشيء المفاض عليه) أو لعدم تسليم المبيع أو لعدم نقل ملكيته ، كل هذه الأحكام - ي في عقد المفاضة كما تسرى في عقد البيع (٢) .

وما يترتب على أن المفاضة لا يوجد فيها ثمن ما يأتي : (١) لا يتصور في المفاضة دفع عربون ، إلا فيما يتعلق بعربون يدفع خارجاً عن البدلين وهذا لا يقع عادة . (٢) لا يقع عادة في المفاضة صورة تقابل البيع بالتقسيط أو تقابل لإيجار السائر للمبيع . (٣) لا يقع عادة في المفاضة صورة تقابل بيع الوفاء (٣) .

(١) أنظر في الغبن الفاحش آنفاً فقرة ٢٢١ ، حتى لو كانت المفاضة بمعدل (بودري وسينيا فقرة ٩٩٥) ، إذ المعدل لا يحول المفاضة بيعاً (أوبري ورو ه فقرة ٣٦٠ ص ١٨٥) - قارن الأستاذ منصور مصطلح منصور (ص ٣١٠) ويذهب إلى أن هذه حكم الغبن الفاحش تنوفاً في المفاضة ، وإلى أن طبيعة المفاضة لا تتعارض مع إعمال هذا الحكم ، فقددر قيمة العقار الذي قابض عليه القاصر وتنسب إلى قيمة العقار الذي قابض به . وغنى عن البيان أننا لو أعلننا حكم الغبن الفاحش في المفاضة ، لانتضى الأمر تقدير عقارين ه لا تقدير قيمة عقار واحد كما في البيع ، ولكن هذه المسألة قد بد لها استكمال حاية القاصر في المفاضة كما استكلت في البيع .

(٢) ويجوز فسخ المفاضة لعدم دفع المعدل ، كما يجوز فسخ البيع لعدم دفع الثمن . فالمعدل إذن ، كالثمن ، مضمون بحجز الفسخ وحق الامتياز ، وهذا غير التنفيذ العيني (أوبري ورو ه فقرة ٣٦٠ ص ١٨٤ - بلانيول وديبير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٤ - الأستاذ محمد كامل مرسى فقرة ٢٦٣) .

(٣) قارن مع ذلك أنسيكلاريدى والفور ٢ لفظ échange فقرة ١٥ - وقارن أيضاً الأستاذ منصور مصطلح منصور (فقرة ١٢٦ ص ٣٠٩) ، ويذهب إلى أن الحكم الخامس = (م ه ه - المتوسط ٤) .

- (٤) لا يقع عادة في المقايضة صورة تقابل البيع مع حق التقرير بالشراء من الغير .
 (٥) لا تسرى في المقايضة الأحكام المتعلقة باسترداد الحق المتنازع فيه (١) ،
 ولا أحكام العجز في المقدار (٢) . (٦) لا يوجد حق امتياز لأي حق المتقايضين
 على الشيء الذي قابض به ، لأن حق الامتياز إنما قرره القانون لضمان الثمن .
 ولكن إذا وجد في المقايضة معدل ، كان منسبواً بحق امتياز كما سبق القول .
 (٧) لا شفعة في المقايضة (٣) .

ومما يترتب على أنه كما يعتبر كل من المتقايضين بائعاً لما قابض به يعتبر كذلك
 كل منهما مشترياً لما قابض عليه ، ما نصت عليه المادة ٤٨٤ مدني من أن
 « مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان
 مناصفة ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » (١) . والأصل في عقد البيع
 أن مصروفات البيع يتحملها المشتري كما قدمنا ، فإذا أردنا تطبيق هذا الحكم
 على المقايضة وجب اعتبار كل من المتقايضين مشترياً لما قابض عليه ، ووجب

= بطلان بيع الوفاء لا يمرى على المقايضة لانقضاء علة البطلان، فإذا اشترط في العقد احتفاظ أحد
 المتقايضين بحقه في استرداد ما قابض به إذا هو رد ما قابض عليه في مدة معينة كان العقد صحيحاً
 (١) أنظر آنفاً فقرة ١٠٥ .

(٢) استئناف مخطوط ١٦ فبراير سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ١٦٩ .

(٣) إلا إذا أخفى البيع تحت ستار المقايضة (استئناف مخطوط ١٩ فبراير سنة ١٩١٨
 م ٣٠ ص ٢٢٧) .

(٤) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٦٥٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق
 لما استقر عليه في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٥١١ من المشروع النهائي .
 ووافق عليه مجلس النواب ، فجلس الشيوخ تحت رقم ٤٨٤ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤
 ص ٢٣٥ — ص ٢٣٧) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .
 وبمقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : التقنين المدني السوري م ٤٥٢ (مطابقة للمادة
 ٤٨٤ مصرى)

التقنين المدني الليبي م ٧٣ : (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى .

التقنين المدني العراقي م ٦٠٠ (مطابقة للمادة ٤٨٤ مصرى) .

نسخ المراجعات والمقود البناني م ٥٠٢ : تقدم حتماً معاريف العقد ونفقاته القانونية بين
 متقايضين : ما لم يكن هناك اتفاق آخر بينهما . (والحكم يتفق مع حكم التقنين المصري) .

تبعاً لذلك تقسم هذه المصروفات مناصفة بينهما (١) . وبوجه خاص وجب تقسيم رسوم التسجيل (٢) بينهما مناصفة ، دون اعتداد بما هي أن يوجد من فرق في القيمة بين البدلين . وهذا كله ما لم يوجد اتفاق (٣) أو عرف يقضى بغيره (٤) .

(١) وذلك دون اعتداد بما قد يكون في المقايضة من بدل ، فنفقات المدل تضم إلى مجموع النفقات ويكون المجموع مناصفة بين المتقايضين . ويلزم أوربي ورو إلى جنل نفقات المدل على الملزم به (أوربي ورو ٥ فقرة ٢٦٠ هامش ١٦) .

(٢) وهي أقل في المقايضة منها في البيع (وكانت من قبل ٢ ٪ ثم ارتفعت إلى ٣ ٪) . وإذا تفاوت البدلان في القيمة ، كان المقار الأكبر قيمة هو المعتبر لتقدير رسوم التسجيل (استئناف مختلط ١١ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٧٥) . وإذا كانت المقايضة - حقيقة - بيع . كأن اشترى شخص مزرعة بمبلغ ١٠٠ . ٠٠٠ دفع منه نقداً ٩٤٠٠٠ ومزلا قيمته ٦٠٠٠ ، فهناك أحكام قضت بوجوب دفع رسوم التسجيل على كل من المزرعة والمنزل فكلاهما بيع (استئناف مختلط ١٢ يناير سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ١٥ — ١٢ أبريل سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٠١) . وذلك أحكام أخرى ، وفيها حكم الدوائر المحكمة لاستئناف المختلطة ، قضت بجعل الرسوم على أهل المقارين قيمة مهما كان مقدار المدل (استئناف مختلط ٢٦ يناير سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ١٦٣ - محكمة الاستئناف المختلطة في دوائرها المحكمة ٢٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٨٧ - استئناف مختلط ٧ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٩) .

(٣) ويعتبر الاتفاق على أن يتحمل أحد المتقايضين كل المصروفات من قبيل الاتفاق على أنه ل (بلانيول وريير وهامل ١٠ فقرة ٤٠٣) .

(٤) وتقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد : « وتجعل المادة ٦٥٥ (من المشروع التمهيد) مصروفات عقد المقايضة مناصفة بين المتقايضين ، وهذا طبيعي لأن كلا منهما يتبرع مشقياً لما يقاوض عليه . ويمحوز الاتفاق على غير ذلك ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٢٢٩) .

فهرس

لمشهور الكتاب

صفحة

تمهيد

المقود المساء وتقسماتها المختلفة

١	المقود المساء
١٠	التقسيمات المختلفة للمقود المساء
١٤	المقود التي ترد على الملكية

الباب الأول

عقد البيع

مقدمة

١٩	التعريف بالبيع
٢٣	البيع نقل الملكية
٢٣	خصائص عقد البيع - اشتباهه بمقود أخرى
٢٤	أهمية عقد البيع وكيف حل محل المقايضة
٢٥	تنظيم عقد البيع في التقنين المدني السابق
٢٧	تنظيم عقد البيع في التقنين المدني الجديد
٢٩	خطة البحث

الفصل الأول - أحكام البيع

٤٠	الفرع الأول - التراضي في عقد البيع
٤١	المبحث الأول - شروط الانعقاد

المطلب الأول — التبابع أصالة.....	٤١
§ ١ — تطابق الإيجاب والقبول :	٤٢
العناصر التي يتطابق فيها الإيجاب والقبول	٤٢
صور ملية للإيجاب	٤٧
شكل عقد البيع	٥٠
إثبات عقد البيع	٥٣
تفسير عقد البيع	٥٣
§ ٢ — الوعد بالبيع والبيع الابتدائي والبيع بالمربون :	٥٥
الوعد بالبيع :	٥٥
الوعد بالبيع من جانب واحد	٥٦
الوعد بالشراء من جانب واحد	٧١
الوعد بالبيع وبالشراء	٧٥
البيع الابتدائي :	٨٠
الآثار التي تترتب على البيع الابتدائي	٨٢
مسير البيع الابتدائي عند إبرام البيع النهائي	٨٤
البيع بالمربون :	٨٦
أحكام البيع بالمربون.....	٨٦
التكييف القانوني للمربون	٩٠
المطلب الثاني — التبابع بطريق النيابة	٩٣
§ ١ — التبابع عن طريق ولي أو وصي أو قيم أو وكيل عن الغائب أو	
حارس قضائي :	٩٥
ولاية الولي في البيع والشراء	٩٥
ولاية الوصي والقيم والوكيل عن الغائب في البيع والشراء	٩٧
ولاية الحارس القضائي في البيع والشراء	٩٨
§ ٢ — بـ النائب لنفسه :	٩٨
القاعدة العامة	٩٨
تطبيقات خاصة	٩٩
المبحث الثاني — شروط الصحة	١٠٨
المطلب الأول — الأهلية في عقد البيع	١٠٨
تمييز الأهلية عما يلتبس بها من النظم	١٠٨
أهلية التصرف واجبة في كل من البائع والمشتري	١٠٩
متى يمكن التمييز في أهلية البيع والشراء	١١٠
المطلب الثاني — مجوب الرضاء في عقد البيع	١١٢
تطبيق القواعد العامة	١١٢

صفحة	
١١٤	علم المشتري بالمبيع
١١٧	خيار الرؤية في الفقه الحنفى
١٢٠	خيار الرؤية في المذاهب الأخرى و الفقه الإسلامى ..
١٢٣	خيار الرؤية في اتنين المدن المصرى
١٢٦	المبحث الثالث — بعض البيوع الموصوفة
١٢٨	§ ١ — البيع بشرط التجربة :
١٣٠	كيف يعلق البيع على شرط للتجربة
١٣١	كيف تكون التجربة والوقت الذى تم فيه
١٣٤	التجربة شرط واقف
١٣٦	التجربة شرط فاسخ
١٣٧	§ ٢ — البيع بشرط المذاق :
١٣٩	كيف يعلق البيع على شرط المذاق
١٤٠	كيف يتم المذاق
١٤١	التكييف القانونى للبيع بالمذاق
١٤٢	الفروق بين بيع المذاق وبيع التجربة
١٤٣	§ ٣ — بيع الوفاء :
١٤٨	(أ) بيع الوفاء فى عهد التفتين المدن السابق
١٦٣	ب) بيع الوفاء فى عهد التفتين المدن الجديد :
١٦٣	بيع الوفاء باطل
١٦٥	ما الذى يترتب على بطلان بيع الوفاء
١٦٧	تمييز منطقة بيع الوفاء من البيع المعلق على شرط فاسخ
١٦٩	ليس للتفتين الجديد أثر رجمى
١٦٠	§ ٤ — البيع بالتفريط أو الإيجار السائر للبيع :
١٧٢	تضيقات عملية
١٧٣	البيع بالتفريط
١٧٧	الإيجار السائر للبيع
١٨٠	الإيجار المقترن بوعده بالبيع
١٨٢	§ ٥ — البيع مع حق التقرير بالشراء عن الغير :
١٨٢	الصور العملية لهذا البيع
١٨٥	حكم البيع قبل التقرير بالشراء عن الغير
١٨٥	كيف يكون التقرير بالشراء عن الغير
١٨٦	حكم البيع بعد التقرير بالشراء عن الغير
١٨٩	صورة خاصة — تقرير الرامى عليه المزاد لشراء من الغير
١٩٠	الفرع الثانى — المحل فى عقد البيع

صفحة	
١٩١	المبحث ادرر - المبيع
١٩١	المطلب الأول وجود المبيع
١٩٤	§ ١ — بيع الحقوق المتنازع فيها :
١٩٤	(ا) بيع الحقوق المتنازع فيها لغير محال القضاء :
١٠٧	متى يجوز استرداد الحق المتنازع فيه
٢٠١	كيف يكون الاسترداد
٢٠٤	الآثار التي تترتب على الاسترداد
٢٠٧	الحالات الاستثنائية التي يجوز فيها الاسترداد
٢١١	(ب) بيع الحقوق المتنازع فيها لمحال القضاء :
٢١٢	البيع لمحال القضاء وحق الاسترداد
٢١٥	المشترون للحقوق المتنازع فيها
٢١٧	جزاء الحظر
٢١٨	تعامل المحامي في الحق المتنازع فيه
	§ ٢ — بيع السلم :
٢٢٠	السلم في الفقه الإسلامي
٢٢٣	السلم في القانون المصري
٢٢٥	المطلب الثاني - تعيين المبيع
٢٢٦	§ ١ — البيع بالتقدير والبيع بالجزاف :
٢٢٦	كيف يكون البيع بالتقدير
٢٢٧	كيف يكون البيع الجزاف
	أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث
٢٢٠	انتقال الملكية
	أهمية التمييز بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث تحمل
٢٢٢	تبعة الهلاك
	لا فرق بين بيع التقدير وبيع الجزاف من حيث إنشاء
٢٢٣	الالتزامات الشخصية
٢٢٤	§ ٢ — البيع بالمينة :
٢٢٥	المينة طريق لتعيين المبيع
٢٢٦	وجوب مطابقة المبيع للمينة
٢٢٧	جزاء عدم مطابقة المبيع للمينة
٢٢٩	إثبات المينة
٢٣٠	§ ٣ — بيع التركة
٢٤٢	(ا) بيع الوارث حصته في التركة لأجنبي غير وارث :
٢٤٢	حكم هذا البيع فيما بين الطرفين

صفحة	
٢٥٢	حكم هذا البيع بالنسبة إلى الغير
٢٥٧	(ب) بيع الوارث حصته في التركة لوارث آخر :
٢٥٧	التمييز بين حالتين
٢٥٩	أحكام مشتركة في الخارج
٢٦٠	الفرق بين الخارج كملح والخارج كقسيمة ..
٢٦١	المطلب الثالث - صلاحية المبيع للتعامل فيه
٢٦٢	§ ١ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى طبيعة الشيء
٢٦٤	§ ١ - عدم الصلاحية للتعامل راجع إلى عدم المشروعية :
٢٦٤	تطبيقات مختلفة
	بيع الشركة المستقبلية وبيع الحقوق المتنازع فيها لصالح
٢٦٥	القضاء - إحالة
٢٦٥	بيع العملاء
٢٦٨	المطلب الرابع - ملكية البائع للشيء المبيع
٢٦٩	§ ١ - بيع ملك الغير :
٢٧١	تحديد منطقة بيع ملك الغير
٢٧٦	(١) تاصيل البطلان في بيع ملك الغير :
٢٧٦	النظرية التقليدية
٢٧٩	رأى يستند إلى نظرية تحول العقد الباطل
٢٨٠	رأى آخر يذهب إلى أن بيع ملك الغير عقد موقوف ...
	الرأى الذى نقف عنده - بيع ملك الغير قابل للإبطال
٢٨٢	بموجب نص خاص في القانون أنشأ البطلان
٢٨٥	بيع عقار الغير قابل للإبطال بعد التسجيل وقبله
٢٨٨	(ب) أحكام بيع ملك الغير :
٢٨٨	فيما بين المتعاقدين
٢٨٨	المشتري وحده هو الذى يجوز له إبطال البيع
٢٩١	وللمشتري أن يطلب الترميض
٢٩٣	وللمشتري أن يميز البيع
	ينقلب بيع ملك الغير صحيحاً بأبطلان ملكية المبيع
٢٩٤	إلى البائع
٢٩٦	بالنسبة إلى المالك الحقيقي :
٢٩٦	إذا لم يقر المالك الحقيقي البيع
٢٩٧	إذا أقر المالك الحقيقي البيع
٢٩٩	§ ٢ - بيع المال الشائع :
	(١) بيع الشريك جزءاً مفرزاً من المال الشائع لكل
٣٠٠	المال الشائع :

س. ق. ق.

صفحة

٢٠٠	بيع الشريك جزءاً مفزراً من المال الشائع
٢٠٢	بيع الشريك كل المال الشائع
٢٠٤	أنثر البيع في حقوق باقي الشركاء
٢٠٥	ب (بيع التصفية :
٢٠٥	متى يكون بيع التصفية :
٢٠٧	إجراءات بيع التصفية
٢٠٨	الآثار التي تترتب على بيع التصفية
٢٠٩	§ ٢ — بيع المريض مرض الموت :
٢١٢	١ (ما هو مرض الموت وتقييده لتصرفات المريض :
٢١٢	ما هو مرض الموت
٢١٤	المرض يقعد المريض عن قضاء مصالحه
٢١٥	ويغلب في المرض خوف الموت
٢١٧	رېنتهى المرض بالموت فعلا
	الأصحاء الذين تقوم بهم حالة نفسية تجعلهم في حكم
٢٢٠	المرضى مرض الموت
٢٢١	✓ إثبات مرض الموت
٢٢٢	سبب تقييد التصرف في مرض الموت
٢٢٦	الحكم العام في تصرفات المريض مرض الموت
٢٢٨	ب (أحكام البيع في مرض الموت :
٢٢٩	البيع بما لا يقل عن القيمة
٢٣٠	البيع بأقل من القيمة بما لا يجاوز ثلث التركة
٢٣١	البيع بأقل من القيمة بما يجاوز ثلث التركة
٢٣٣	التصرف بغير ثمن أصلاً
٢٣٤	حماية الغير حسن النية
٢٣٥	§ ٤ — بيع الوارث لعين في التركة قبل سداد الديون
٢٣٥	مربان مبادئ الفقه الإسلامى
٢٣٩	انتقال أموال التركة إلى الورثة في الفقه الإسلامى ...
	تصرف الورثة في أعيان التركة قبل سداد الدين
٢٤٠	في الفقه الإسلامى
٢٤٥	انتقال التركة إلى الورثة في التقنين الحديث
	تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة التي لم تخضع
٢٤٦	لنظام التصفية
	تصرف الوارث في أعيان التركة المدينة التي خصصت
٢٥٠	لنظام التصفية

صفحة:

§ ٥ — بيع المهجوز عليه والمصر :

٢٥٢ بيع المهجوز عليه

٢٥٦ بيع المصر

§ ٦ — بيع الأراضي الزراعية في قانون الإصلاح الزراعي : ...

٢٥٨ عدم جواز نكح أكثر من مائة فدان

٢٥٩ التملك باليراث والوصية والتقديم

٢٦٠ تملك بالمقد

٢٦١ التملك بالشفعة

٢٦٢ الحد من تجهزة الأراضي الزراعية

المبحث الثاني — الثمن ٢٦٤

المطلب الأول — يجب أن يكون الثمن نقداً ٢٦٤

٢٦٤ تمييز البيع عن المقايضة بالثمن النقدي

٢٦٦ يصح أن يكون ثمن إيراداً مزمداً أو مدى الحياة ...

المطلب الثاني — يجب أن الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير ٢٦٧

تقدير الثمن أو قابلية التقدير يجب أن يكون باتفاق

٢٦٩ بين المتعاقدين

٢٧١ وقابلية الثمن للتقدير : الأسس التي يقوم عليها التقدير

أساس التقدير الثمن الذي اشترى به البائع : المراجعة

٢٧١ والتولية والإثراك والوضيعة

٢٧٥ أساس التقدير سعر السوق

أساس التقدير لسعر المتداول في التجارة أو السعر الذي

٢٧٦ جرى عليه التعامل بين المتبايعين

٢٧٨ ترك التقدير لأجنبي يتفرع عليه المتبايعان

٢٨٢ ترك المتبايعين ثمن غير مقدّر وغير قابل للتقدير ...

المطلب الثالث — يجب أن يكون الثمن جديداً ٢٨٢

٢٨٢ التمييز بين الثمن الجدي والثمن البعس

§ ١ — الثمن الجلي : ٢٨٤

٢٨٤ الثمن الصوري

٢٨٥ الثمن النافذ

§ ٢ — الثمن للبخص (دعوى الغبن الفاحش) ٢٨٧

٢٩٠ (١) الشروط الواجب توافرها لتحقق الغبن الفاحش :

٢٩١ الشرط الأول — صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية

صفحة

٣٩٢	الشرط الثانى - العين المبيعة عقار
	الشرط الثالث - لا يكون البيع فى مزاد علنى تم وفقاً
٣٩٣	لأحكام القانون
	الشرط الرابع - الثمن يقل عن قيمة العقار المبيع وقت
٣٩٧	البيع بأكثر من الخمس
٣٩٨	ب (ما يترتب من الأثر على تحقيق العين الفاحش :
٣٩٨	دعوى تكلفة الثمن
٤٠١	دعوى الفسخ

الفصل الثانى - الإجراء الذى يترتب على البيع

٤٠٥	الفرع الأول - التزامات البائع
٤٠٥	المبحث الأول - نقل ملكية المبيع
٤٠٦	أ - الأول - نقل الملكية بوجه عام
٤٠٧	§ ١ - التطور التاريخى للبيع كمقد ناقل للملكية :
٤٠٧	البيع فى القانون الرومانى
٤٠٨	البيع فى القانون الفرنسى القديم
٤٠٩	البيع فى الفقه الإسلامى
٤١٠	البيع فى القانون الحديث
٤١١	§ ٢ - تحليل معنى نقل الملكية :
٤١١	الالتزام بنقل الملكية ونقل الملكية فعلاً
٤١٢	الالتزام بنقل الملكية يتم تنفيذه فوراً بحكم القانون
٤١٣	التزام البائع بالأعمال التمهيدية الضرورية لنقل الملكية
٤١٧	الشروط الواجب توافرها لانتقال الملكية إلى المشتري
٤٢٠	البيع بالتفريط مع الاحتفاظ بالملكية حتى استيفاء الثمن - إحالة
	§ ٣ - ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية وما الذى يترتب على
٤٢١	انتقالها فعلاً :
٤٢١	ما الذى يتضمنه الالتزام بنقل الملكية
٤٢٣	ما الذى يترتب على انتقال الملكية فعلاً للمشتري
٤٢٥	المطلب الثانى - نقل الملكية فى المنقول
٤٢٥	§ ١ - الشئ المعين بذاته :
٤٢٥	انتقال الملكية فوراً بمجرد تمام العقد

صفحة	
٤٣٦	انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين
٤٣٦	انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير
٤٣٧	انتقال الملكية في البيع الجزاف - إحالة
٤٣٨	§ ٢ - الشيء معين بنوعه :
٤٣٨	انتقال الملكية بالإفراز
٤٣٩	كيف تنتقل الملكية بالإفراز - إحالة
٤٣٩	الحكم فيما إذا امتنع البائع من الإفراز - إحالة
٤٣٩	نقل الملكية في الأشياء المصدرة إلى المشتري
٤٣٣	المطلب الثالث - نقل الملكية في المقار
٤٣٤	لا تنتقل الملكية إلا بالتسجيل
٤٣٤	§ ١ - تطور نظام الشهر العقاري في مصر :
٤٣٣	نظام الشهر بوجه عام
٤٣٩	عهد أربعة في مصر :
٤٤٠	المرحلة الأولى - العهد السابق على التفتين المدنى القديم
٤٤٢	المرحلة الثانية - نظام الشهر في التفتين المدنى السابق
	المرحلة الثالثة - نظام الشهر في قانون التسجيل
٤٥٠	الصادر في سنة ١٩٢٣
	المرحلة الرابعة - نظام الشهر في قانون تنظيم الشهر
٤٦٠	العقارى
٤٧٣	§ ٢ - تطبيق نظام التسجيل على عقد البيع خاصة :
٤٧٤	أولاً - عهد التفتين المدنى السابق :
	انتقال الملكية فيما بين المتعاقدين لا حاجة فيه إلى
	التسجيل - النزاع بين المشتري من المورث والمشتري
٤٧٤	من الوارث
٤٧٦	انتقال الملكية بالنسبة إلى الغير لا يكون إلا بالتسجيل
٤٨١	ثانياً - عهد قانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى :
٤٨١	(١) حكم البيع قبل أن يسجل :
	البيع غير المسجل لا ينقل الملكية بالنسبة إلى الغير ولا
	فيما بين المتعاقدين - النزاع بين المشتري من المورث
٤٨١	والمشتري من الوارث
	ولكن البيع غير المسجل لا يزال بيماً فينتج آثاره عدا
٤٨٥	نقل الملكية بالفعل

صفحة

١٨٧	البيع غير المسجل ينشئ التزاماً في جانب البائع ينقل الملكية - كيف ينقل هذا الالتزام
١٨٨	دعوى صحة التعاقد
١٩٧	دعوى صحة التوقيع
٥٠٣	البيع غير المسجل ينشئ جميع الالتزامات الأخرى في جانب المشتري
٥٠٥	البيع غير المسجل ترتب عليه آثاره برصه بخاصة ...
٥٠٨	ب (حكم البيع بعد أن يسجل :
٥٠٨	البيع المسجل يرتب جميع الآثار التي يرتبها البيع غير المسجل
٥٠٩	ويزيد البيع المسجل بأن ينقل الملكية فعلاً فيما بين المتعاقدين بالنسبة إلى الغير
٥١١	أولاً - نقل الملكية فيما بين المتعاقدين - هل للتسجيل أثر رجعي :
٥١٢	الرأي الذي استقر عليه للفقه والقضاء - ليس للتسجيل أثر رجعي
٥١٨	الرأي المعارض - لتسجيل أثر رجعي فيما بين المتعاقدين القول بالأثر الرجعي أكثر استصافاً من ناحية للصناعة القانونية
٥٢٤	القول بالأثر الرجعي هو وحده القول الحق
٥٢٩	القول بالأثر الرجعي هو الذي يعفق مع القواعد العامة القول بالأثر الرجعي لا يتعارض مع نصوص القانون
٥٣٤	ثانياً - نقل الملكية بالنسبة إلى الغير - هل يشترط حسن النية في المشتري الذي سجل عقده أولاً
٥٣٨	شرط حسن النية في عهد التفتين المدف السابق - إحالة شرط حسن النية في عهد قانون التسجيل
٥٤٤	شرط حسن النية في قانون تنظيم الشهر العقاري
٥٥٦	المبحث الثاني - تسليم المبيع
٥٥٨	المطلب الأول - محل التسليم
٥٥٩	§ ١ - حالة المبيع :
٥٦٠	كيف تتبين حالة المبيع وقت البيع
٥٦٢	تغير حالة المبيع
٥٦٥	وجود اتفاق خاص على حالة المبيع

صفحة	
٥٦٦	§ ٢ - مقدار المبيع :
٥٧١	حالة نقص المبيع
٥٧٣	حالة زيادة المبيع
٥٧٤	تقادم الدعاوى التي تنشأ عن نقص المبيع أو زيادته
٥٧٨	§ ٣ - ملحقات المبيع :
٥٨٠	تحديد معنى ملحقات المبيع
٥٨٢	تطبيقات مختلفة في ملحقات المبيع
٥٨٦	المطلب الثاني - كيف يتم التسليم
٥٨٦	§ ١ - طريقة التسليم :
٥٨٩	التسليم الفعلي
٥٩٠	تطبيقات في التسليم للفعل
٥٩٣	التسليم الحكيم
٥٩٥	§ ٢ - زمان التسليم ومكانه
٥٩٥	زمان التسليم
٥٩٧	مكان التسليم
٥٩٩	زمان تسليم المبيع المصدر ومكانه
٦٠١	§ ٣ - نفقات التسليم
٦٠١	نفقات تسليم المبيع على البائع
٦٠٢	نفقات تسليم المبيع على المشتري - إحالة
	المطلب الثالث - الجزاء على الإخلال بالتزام تسليم - تبعة هلاك المبيع أو تلفه
٦٠٣	قبل التسليم
٦٠٣	التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض في الحالتين
٦٠٦	§ ١ - تبعة الهلاك الكلي قبل التسليم :
٦٠٨	تحمل البائع تبعة الهلاك قبل التسليم مترتب على التزامه بالتسليم
٦١٠	هلاك المبيع بفعل البائع أو بفعل المشتري قبل التسليم
٦١١	هلاك المبيع بقوة قاهرة أو حادث فجائي قبل التسليم
٦١٤	إعذار البائع المشتري لتسلم المبيع
٦١٤	هلاك المبيع في يد البائع وهو حابس له
٦١٥	§ ٢ - تبعة الهلاك الجزئي أو نقص القيمة لتلف المبيع قبل التسليم :
٦١٦	الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بفعل البائع أو بفعل المشتري ...
٦١٧	الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بقوة قاهرة أو حادث فجائي ...
٦١٨	الهلاك الجزئي أو نقص القيمة بعد إعذار المشتري أو بعد حبس المبيع

صفحة	
٦١٨	المبحث الثالث - ضمان التعرض والاستحقاق
٦١٨	خصوصية ضمان التعرض والاستحقاق
٦٢٢	شمول ضمان التعرض والاستحقاق
٦٢٣	المطلب الأول - التعرض الصادر من البائع
٦٢٣	(أ) متى يقوم ضمان التعرض الصادر من البائع :
٦٢٦	١ - أعمال التعرض الصادر من البائع :
٦٣٠	تملك البائع المبيع بالتقادم
	٢ - المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع -
٦٣٢	عدم قابلية الالتزام للانقسام
٦٣٤	٣ - الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من البائع
٦٣٥	٤ - البيع الذي ينشئ الضمان
٦٣٦	(ب) ما يترتب على قيام ضمان التعرض الصادر من البائع
٦٣٨	(ج) الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من البائع
٦٤٠	المطلب الثاني - التعرض الصادر من الغير
٦٤٠	§ ١ - متى يقوم ضمان التعرض الصادر من الغير :
٦٤٠	(أ) أعمال التعرض الصادر من الغير - شروط ثلاثة :
٦٤١	أولاً - أن يقع التعرض فعلاً
٦٤٤	ثانياً - أن يكون التعرض هو ادعاء الغير حقاً على المبيع
	ثالثاً - أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقاً على المبيع
٦٤٨	أو يكون تالياً له ولكنه يستمد من البائع
	(ب) المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير - عدم
٦٥٢	قابلية الالتزام وقابليته للانقسام
٦٥٥	(ج) الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير
٦٥٨	(د) البيع الذي ينشئ الضمان
٦٥٩	§ ٢ - ما يترتب على قيام التعرض الصادر من الغير :
٦٦٠	(أ) التنفيذ المينى (ضمان التعرض بطريق التدخل) :
٦٦٤	تدخل البائع في دعوى الاستحقاق
	عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق بالرغم من إخطار
٦٦٨	المشتري بإياه
	عدم تدخل البائع في دعوى الاستحقاق من غير إخطار
٦٧١	المشتري بإياه
٦٧٢	(ب) التنفيذ بطريق التمريض (ضمان الاستحقاق) :
٦٧٣	الاستحقاق الكلى

صفحة	
٦٨٥	الاستحقاق الجزئي
٦٩٠	رد البائع ما أداه المشتري للمعرض
٦٩٤	§ ٣ — الاتفاق على تعديل أحكام ضمان التعرض الصادر من الغير :
٦٩٧	الاتفاق على زيادة الضمان
٦٩٩	الاتفاق على إنقاص الضمان :
٧٠١	خصوصية في حقوق الاتفاق
٧٠٦	الاتفاق على إسقاط الضمان
٧١٠	المبحث الرابع — ضمان الميوب الخفية وفوات الوصف ..
٧١٠	خصوصية ضمان الميوب الخفية
٧١٢	شمول ضمان الميوب الخفية
٧١٤	§ ١ — متى يقوم ضمان الميوب الخفية :
٧١٤	(أ) الميوب الموجبة للضمان :
٧١٧	١ - يجب أن يكون الميب مؤثراً
٧٢٢	٢ - يجب أن يكون الميب قديماً
٧٢٣	٣ - يجب أن يكون الميب خفياً
٧٢٧	٤ - يجب أن يكون الميب غير معلوم للمشتري
٧٢٩	(ب) المدين في ضمان الميوب الخفية - قابلية الضمان للانقسام ...
٧٣٠	(ج) الدائن في ضمان الميوب الخفية - قابلية الضمان للانقسام ...
٧٣١	(د) البيع الذي ينشئ ضمان الميوب الخفية
٧٣٣	§ ٢ — ما يترتب على قيام ضمان الميوب الخفية :
٧٣٣	دعوى الضمان وما يسبقها من إخطار
٧٣٤	إخطار البائع بالميب
٧٣٨	دعوى ضمان الميوب الخفية
٧٤٣	هلاك المبيع الميب
٧٤٥	بعض ظروف غير الهلاك تطرأ على المبيع الميب
٧٥٠	تقديم دعوى ضمان الميب الخفي
٧٥٣	§ ٣ — الاتفاق على تعديل أحكام ضمان الميب الخفي :
٧٥٥	تعديل أحكام ضمان الميب الخفي باتفاق خاص
٧٥٨	ضمان البائع صلاحية المبيع للصقل
٧٦١	§ ٤ — تمييز ضمان الميوب الخفية عما يقاربه من النظم القانونية ... :
٧٦٢	التمييز بين ضمان الميوب الخفية والغلط
٧٦٥	التمييز بين ضمان الميوب الخفية والتدليس
٧٦٦	التمييز بين ضمان الميوب الخفية والفتح لعدم التنفيذ

صفحة	
٧٦٨	التمييز بين ضمان الميوب الخفية والمجز في مقدار المبيع ...
٧٦٨	التمييز بين ضمان الميوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئي
٧٦٩	الفرع الثاني - التزامات المشتري
٧٧٠	المبحث الأول - ارفاء بالتسليم
٧٧٠	المطلب الأول - التزام الوفاء بالتسليم
٧٧٠	§ ١ - على أي شيء يقع التزام الوفاء بالتسليم :
٧٧٠	دفع الثمن - إحالة
٧٧٢	دفع الفوائد
	تملك المشتري لثمر المبيع ونمائه من وقت تمام البيع وتحمل
٧٧٤	نفقاته من هذا الوقت
٧٧٧	متى تستحق الفوائد القانونية على الثمن
٧٨٢	§ ٢ - الزمان والمكان اللذان يجب فيهما الوفاء بالتسليم :
٧٨٢	(أ) الزمان الذي يجب فيه الوفاء بالتسليم
٧٨٥	متى يكون الثمن مستحق الدفع
٧٨٨	حبس المشتري للثمن
٧٩٥	(ب) المكان الذي يجب فيه الوفاء بالتسليم :
٧٩٧	الثمن مستحق الدفع وقت تسليم المبيع
٧٩٨	الثمن مستحق الدفع في وقت غير وقت تسليم المبيع ...
٧٩٩	المطلب الثاني - جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالتسليم
٨٠١	§ ١ - حبس المبيع :
٨٠٤	متى يثبت للبائع حبس المبيع
٨٠٧	ما الذي يترتب على ثبوت حق حبس المبيع للبائع
٨٠٩	كيف ينقضي حق البائع في حبس المبيع
٨١٣	§ ٢ - فسخ البيع :
٨١٤	(أ) الفسخ القضائي :
٨١٥	متى يجوز فسخ البيع لعدم الوفاء بالتسليم
٨٢١	كيف يكون فسخ البيع
٨٢٦	الآثار التي تترتب على فسخ البيع
٨٢٩	(ب) الفسخ الاتفاقى :
٨٣١	الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً
	الاتفاق على أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه
٨٣٢	أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم

صفحة

الاتفاق هل أن يكون البيع مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إقرار ، أو مفسوخاً من تلقاء نفسه	
دون حاجة إلى إقرار	٨٢٤
حكم خامس ببيع المنقول	٨٢٦
الآثار التي تترتب من الفسخ والاتفاق - إحالة	٨٤٠
البحث الثاني - تحمل مصروفات البيع	٨٤٠
المشتري قام بمصروفات البيع	٨٤٢
البائع قام بمصروفات البيع أو بعضها	٨٤٤
البحث الثالث - تسليم المبيع	٨٤٥
كيف يكون تسليم المشتري للمبيع	٨٤٧
زمان تسليم المبيع ومكانه	٨٤٨
نفقات تسليم المشتري للمبيع	٨٤٩
الجزاء من إخلال المشتري بالتزام تسليم المبيع	٨٥١



الباب الثاني

عقد المقايضة

تميز عقد المقايضة عن عقد البيع	٨٥٦
تطبيق أحكام البيع على المقايضة بالقدر الذي تسمح به طبيعتها	٨٥٨
١ - الموافقات بين المقايضة والبيع :	٨٥٩
أركان المقايضة	٨٥٩
الآثار التي تترتب على المقايضة	٨٦١
٢ - المفارقات بين المقايضة والبيع :	٨٦٤
مبدأ عام	٨٦٤
تعيينات لهذا المبدأ العام	٨٦٤

